




LEGATORIA DI LIBRI
UNIONE COOPERATIVA
ROMA
VIA PIÈ DI MARMO, N.13-14
VIA DEL BABUINO, N. 71.



TRAITÉ
THÉORIQUE ET PRATIQUE
DE
DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien Inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université,

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes.

TOME CINQUIÈME

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR

RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861


254
1 I
44

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

PARIS. — TYP. DE COSSON ET COMP., RUE DU FOUR-SAINT-GERMAIN, 43.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

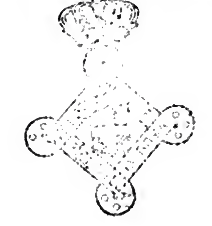
M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université,

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes.



TOME CINQUIÈME

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR

RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

DES ACHATS ET VENTES

EN MATIÈRE DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

Du principal effet de l'obligation en matière de vente, c'est-à-dire de la délivrance ou tradition effective, de la tradition virtuelle, et de leurs effets tant à l'égard des parties que par rapport aux tiers.

§ I.

DE LA TRADITION RELATIVEMENT AUX PARTIES CONTRACTANTES, DE SA DÉFINITION ET DE SES PRINCIPAUX EFFETS; DISTINCTION DE LA TRADITION EFFECTIVE ET DE LA TRADITION VIRTUELLE.

SOMMAIRE.

1. Objet de ce chapitre : effets de la tradition entre les contractants et relativement aux tiers.
2. Différence entre le droit civil français et le droit commer-

cial dans la transmission de la propriété; disparate de plusieurs dispositions du Code civil et d'où elle provient; dans le droit commercial, conforme au droit romain, tout se lie et s'enchaîne.

3. Preuve de cette dernière proposition; chaque contrat a sa fin; la fin de la vente, c'est l'aliénation de la chose; elle consomme le contrat; conséquence.

4. Résumé; telle est l'intimité de la convention et de la tradition, que l'une sans l'autre est impuissante à consommer l'aliénation.

5. Tout cela repose sur ce qui se passe entre le vendeur et l'acheteur; par leur consentement mutuel, le contrat est parfait; il a accompli sa fin, de créer l'obligation; mais cette obligation a aussi sa fin, la tradition, le transport de la chose, c'est-à-dire l'aliénation.

6. Nulle aliénation de choses corporelles n'étant possible sans la tradition, nécessité de la considérer dans son essence et dans ses effets.

7. La tradition, si elle n'est pas caractérisée par la volonté, est une action machinale; dans le dépôt, le commodat, le nantissement, etc., les traditions respectives ont une cause appropriée à la fin de chaque contrat; dans la vente, la fin du contrat est l'aliénation; par suite, la tradition, comme la formation du contrat, exige le concours des deux volontés; livrer et prendre livraison sont deux faits corrélatifs, dont l'un ne peut exister sans l'autre.

8. Conséquences qui résultent du double principe que la fin de la vente est le transport de la chose, et la tradition l'œuvre commune des contractants.

9. Résumé et définition de la tradition.

10. Des effets de la tradition; valable, c'est-à-dire réunissant les conditions constitutives de son essence, elle opère le transport de la chose.

11. La tradition est-elle nulle, elle ne peut, suivant la raison du droit, transmettre la propriété; mais le législateur a dévié du droit par raison sociale ou nécessité; on distingue de l'acheteur au vendeur, le premier ne peut se dire propriétaire, si le second ne lui a fait une tradition nulle en soi, que par suite d'une convention; relativement aux

tiers, le possesseur n'en est pas moins présumé propriétaire ; ce principe de la coutume commerciale est attesté par Casaregis; nature de cette présomption.

12. Quand la tradition est nulle, l'acheteur, en rendant la chose, peut redemander le prix, et le vendeur, en restituant le prix, revendiquer la chose ; une exception pour le cas où la nullité ne provient que d'une incapacité relative à l'un des contractants ; pourquoi, à la différence du Code civil, la vente de la chose d'autrui n'est pas un motif de rescinder la tradition.

13. Conséquemment au principe posé n° 11, que le vendeur soit propriétaire ou simplement possesseur, l'effet de la tradition, c'est le transport de la propriété, quelle que soit la matière du contrat,

14. Il suit aussi du même principe que, dans le concours de deux ventes successives d'une même chose, celui des deux acheteurs qui, de bonne foi, a reçu la tradition effective, est seul propriétaire, l'autre acheteur eût-il reçu la tradition virtuelle.

15. Mais, à part le cas de deux acheteurs successifs d'une même chose, cette distinction entre la tradition effective et la tradition virtuelle peut-elle opérer relativement à mes créanciers et à l'acheteur livré virtuellement?

16. Principe commun à la tradition effective et à la quasi-tradition : la simple convention *de les tenir pour faites* ne peut les opérer ni y suppléer.

17. Transition au paragraphe suivant.

1. — Nous avons déjà traité de la tradition et de ses effets quant aux risques de la chose (t. 4, n°ˢ 216 et suiv.). Il reste à l'envisager sous ses autres rapports et dans ses autres effets entre les contractants, et de plus relativement aux tiers.

2. — Ce qui distingue éminemment le droit civil français du droit commercial quant à l'effet des obligations (nous

l'avons souvent démontré) (1), c'est que, dans le droit civil, la propriété se transmet, ou plutôt est réputée se transmettre et s'acquérir par le seul consentement, et que, dans le droit commercial, elle n'est transmise et acquise que par le consentement et la tradition; différence essentielle dont le premier effet est d'imprimer, autant qu'il est possible, aux achats et ventes du commerce ce caractère de certitude qui en fait la sûreté, et que n'ont pas les transactions civiles touchant la transmission des choses corporelles.

Un reproche grave est fait au Code civil. On lui impute avec raison de confondre l'obligation avec la propriété, le contrat avec l'exécution, la cause avec l'effet. C'est une fiction perpétuelle et antirationnelle, qui place l'homme dans un monde idéal, et prête à sa volonté une puissance imaginaire (2). De là un grand nombre de dispositions législatives qui ne s'harmonisent pas les unes avec les autres (3), et de cette collision, des inconséquences innombrables; tant il est vrai qu'on n'édicte jamais impunément en sens inverse de la nature des choses (4) !

Au contraire, dans le droit commercial, conforme au droit romain et à notre ancien droit civil, tout est rationnel, tout se lie et s'enchaîne, et tout y est conséquent,

(1) V. notamment, t. 4, nos 1 et suiv., et *infrà*, n° 16, *in notis*. — Cour de Rouen, arr. du 23 nov. 1846. Vill. et Carr., 1847, 2, 402.

(2) V. notre t. 1, nos 113 et suiv. Porphyre, disciple de Platon, soutenait que l'âme peut agir à distance. V. *Encyclop. méthod.*, v° *Éclectisme.*

(3) Quatorze articles au Code civil, ayant plus ou moins prochainement rapport au transfert de la propriété, et qu'il est impossible de concilier entre eux! V. la *Thémis*, t. 5, p. 481 et suiv.

(4) *Per rerum naturam*, dit Doneau, liv. 4, chap. 15, significat : res quales à Deo creatæ et *ordinatæ* sunt.

parce que tout y est vrai comme les procédés mêmes de la nature sur lesquels il est fondé.

3. — En effet, chaque convention a sa fin, sans laquelle il n'est pas donné à l'esprit d'en concevoir l'existence. On ne contracte pas sans objet, on ne s'oblige pas sans but, et la fin de la vente, c'est *l'aliénation* de la chose, *le changement de propriétaire : id omninò agitur inter emptorem et venditorem, ut dominium quod fuerat venditoris fiat emptoris* (Don., lib. 13, cap. 2, nº 4). Mais, encore bien qu'il n'y ait pas de vente sans achat, vente et aliénation ne sont pas une même chose. La vente est la promesse de transférer la propriété; l'achat, la promesse de l'acquérir, et c'est la tradition, accomplissement de la double promesse, qui consomme l'aliénation : *traditione res abalienatur* (Pacius à Berida, *De empt. et vend.*, nº 284).

Il n'y aura donc ni achat, ni vente, si je vends la propriété de ma chose, à la condition qu'on n'en pourra jamais exiger la délivrance. Cette prétendue propriété, en tant qu'abstraite de la chose, n'est qu'un mot sans signification, *nomen inane*, également inhabile à devenir la matière et la fin d'un contrat sérieux. La matière de la vente, c'est la chose même, *corpus*; la fin, l'aliénation de cette chose : *finis emptionis et venditionis est translatio rei de personâ ad personam* (Gomez, *ad leges Tauri*, in lege 45).

Or ce qui est une fin a nécessairement une cause, car la fin accomplie n'est qu'un effet, bien qu'il puisse, à son tour, produire d'autres effets. La vente, *emptio venditio*, est donc la cause de la tradition, de l'aliénation. C'est la *justa causa transferendi dominii*, et, à part les fictions ou les équivalents créés par la loi elle-même, toujours la

cause est antérieure à son effet (1). Si donc je livre ma chose, sans avoir précédemment promis, ne fût-ce que depuis un seul instant, d'en transférer la propriété, cette tradition n'empêchera pas que je reste propriétaire : *neque à me recedit dominium, neque transit in alterum.*

4. — Ainsi, la convention s'enchaîne à sa fin (c'est l'aliénation commencée, *inchoata alienatio*), comme la tradition à sa cause (c'est l'aliénation consommée, *perfecta abalienatio*) ; et telle est l'intimité de la tradition et de sa cause, que l'une sans l'autre n'est pas moins impuissante à consommer l'aliénation, qu'une convention sans fin à produire une obligation : *titulus* (le contrat, la cause) *sine traditione sicut non sufficit ad transferendum dominium, sic etiàm nec traditio sine titulo* (2).

5. — Mais cet enchaînement lui-même a aussi sa cause, et cette cause, c'est l'ordre naturel de ce qui se passe (*éjus quod agitur*) entre l'acheteur et le vendeur : l'un promet sa chose, l'autre en promet le prix, et, dès que cet accord est formé, *contractum est*, le contrat est parfait, car il a accompli sa fin qui était de créer l'obligation réciproque de livrer et de se livrer ; et l'obligation naît parfaite du contrat en ce sens que, le lien de droit étant formé, aucun des contractants ne peut, sans la volonté de l'autre, révoquer impunément sa promesse. Mais cette obligation, fin du contrat, a aussi sa fin propre, qui est la tradition, le transport de la chose en la pleine puissance de l'acqué-

(1) Selon le Code civil, la propriété étant transmise immédiatement, *solo consensu*, la tradition qui suit est un effet sans cause.

(2) Nonius Acosta, *De privileg. credit.*, regula 1, ampliatio 4, n° 5.

reur, en un mot, l'aliénation. Or, tant que l'aliénation ne sera pas consommée, il sera vrai de dire que l'obligation est encore à l'état d'imperfection, car il n'y a de parfait que ce qui, ayant accompli sa fin, ne laisse plus rien à faire ou à désirer : *perfectum est 'quod consecutum est suum finem, et nullam aliam requirit perfectionem* (1).

6. — S'il est vrai que, en fait de choses corporelles, nulle aliénation n'est possible sans la tradition, on sent combien il importe d'en avoir une notion claire et précise; pour cela nous devons la considérer dans son essence et dans ses effets.

7. — Et d'abord, dans son essence : livrer sa chose sans aucune autre volonté que de la livrer, serait, on vient de le voir, une action machinale qui ne saurait transmettre qu'une simple détention de fait, *possessionem asininam*, comme disent les docteurs. C'est évidemment là une tradition sans cause, *nuda traditio*, ou, pour mieux dire, il n'y a pas de tradition, *nulla traditio est.*

Dans le dépôt, le nantissement, etc., les traditions respectives ont chacune une cause respectivement appropriée à la nature de chacun de ces contrats, dont aucun n'a pour fin une aliénation; la tradition qui s'ensuit ne peut donc pas transférer la chose.

Dans la vente, au contraire, la tradition est, de la part du vendeur, l'effet d'une volonté par laquelle il s'est astreint à transmettre la propriété. Mais comment en opérer le transport sans qu'un autre l'acquière? Sa volonté ne suffi-

(1) Gomez, *Comment. ad leges Tauri*, in leg. 45, n° 5; Aristot., lib. 5, Metaphysicæ.

rait pas plus à constituer la tradition, qu'elle n'aurait pu suffire à constituer le contrat qui en est la cause.

A la vérité, livrer et prendre livraison sont deux faits par le nombre, et, considérés séparément, ils sont même aussi opposés entre eux que *donateur* et *donataire*. Mais ces deux faits sont des corrélatifs qui ne peuvent exister l'un sans l'autre, et c'est leur coexistence qui constitue la tradition. Si je vous présente une chose dont vous m'avez fait l'achat, et que vous refusiez cette chose, il y aura une offre et point de tradition. Dans la consommation de l'aliénation comme dans la formation du contrat, il faut le concours des deux volontés : *In omnibus negotiis quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utrâque parte contrahentium, sine quo nihil quod inchoatur ad effectum perduci potest* (L. 55, D., *De obl. act.*).

8. — Du double principe que la fin de la vente est le transport de la chose, et la tradition l'œuvre commune des contractants, il suit que la tradition ne peut être valablement opérée, si le motif déterminant de l'obligation fut un motif faux, ou que l'obligation ait un but illicite, et si, outre une juste cause (1) antérieure à la tradition,

(1) Le Code civil (art. 1131) emploie deux fois le mot *cause*, mais pas dans un seul et même sens, et de là l'obscurité.

La première fois, il signifie la matière, l'objet même de l'obligation, comme si je vends une chose dont j'ignore la *perte*. La seconde fois, il signifie, comme nous le disons, *le motif déterminant*.

Mais il est clair que, dans un système où la propriété se transmet *solo consensu*, c'est-à-dire où la cause et l'effet ne sont qu'un, le mot *cause* ne peut pas signifier la *justa causa transferendi dominii*. Ce serait un *non-sens*.

Au contraire, dans un système où la propriété ne se transmet que par la tradition, il faut une cause à cette tradition. Or, dans la vente, cette cause ne peut être qu'une vente, mais une vente réu-

l'une et l'autre partie n'ont pas eu jusqu'au dernier moment la volonté et la capacité de consommer l'aliénation, le changement de propriétaire. Par exemple, lorsque, en me vendant vos foins, vous m'affirmez faussement, avec ou sans connaissance (1), qu'un régiment de cavalerie viendra le mois prochain tenir garnison à Rennes, si je prouve n'avoir contracté qu'en vue de la fourniture, la tradition des foins ne m'en aura pas transmis la propriété, car nul consentement n'est valable quand le motif qui le détermine est fondé sur une erreur imputable au dol ou au fait de l'autre partie : *nulla traditio est*. J'achète un brick en vue de me livrer à la traite des noirs. La tradition est nulle, et le vendeur, s'il ignorait mon but, la fait rescinder; le connaissait-il lors du contrat, et quelques dispositions ont-elles été faites à bord, confiscation du navire et emprisonnement des contractants (L. du 1er mai 1832).

Si j'entends vous livrer à titre de commodat ou de dépôt ce que vous entendez recevoir à titre d'achat, il n'intervient aucune tradition translative. C'est ici la cause qui manque, *justa causa transferendi dominii*; car, comme on vient de le dire, le dépôt et le commodat n'ont pas pour fin, et conséquemment ne sauraient avoir pour effet le transport de la propriété. J'entendais vendre du café d'Arabie; vous avez compris du nafé (2), puis reçu

nissant toutes les conditions nécessaires à son existence, telles que nous les avons expliquées, t. 4, chap. 2, nos 35 et suiv.

Si donc la vente est nulle par défaut de consentement, c'est-à-dire s'il n'y a pas de vente, la tradition est sans cause, et on rescinde la tradition. Si la vente est nulle par défaut de capacité relative, c'est-à-dire annulable, on rescinde la vente et la tradition.

(1) Neque enim interest emptoris cur fallatur, ignorantiâ venditoris, an calliditate. L. 1, D., § 2, *De ædil. edict.*

(2) V. t. 4, n° 97.

dans votre magasin les colis de café que je vous ai expédiés. Point de tradition, car, y ayant erreur sur la substance de la chose, vous n'avez pu valablement consentir : *nulla traditio est*. Il ne se fait encore aucune tradition, si, sans nous être trompés sur la substance de la chose, par exemple, des citrons, je vous livre et vous recevez une marchandise substantiellement différente, *v. g.*, des raisins secs. Vous n'avez la propriété ni des uns ni des autres : des citrons, parce qu'ils ne sont pas livrés ; des raisins, puisqu'ils ne sont pas vendus.

Que j'aie agi sciemment ou par ignorance, peu importe. Si je me suis trompé, mon erreur vicie la tradition, qui d'ailleurs est sans cause, car il n'y a de vente que par rapport aux citrons. Ai-je agi sciemment, c'est une preuve certaine qu'au temps marqué pour la délivrance je n'ai pas eu la volonté de consommer l'aliénation. Or, pour opérer le transport, il ne suffit pas d'en avoir eu la volonté lors du contrat ; il faut y persévérer jusques et compris l'exécution du contrat. A la vérité, vous avez une action pour me forcer à la délivrance ; mais autre chose est l'action personnelle, la seule qui compète au créancier, autre chose la revendication d'un propriétaire, et, si je viens à faillir, voici le résultat de la différence : vous devez rendre les raisins, et, pour le prix des citrons, que vous m'avez compté d'avance, venir au marc-le-franc avec mes autres créanciers (V. t. 6, *Faillite* et *Revend.*). Par la même raison, si vous étiez failli, et que je vous eusse précédemment livré une marchandise pour une autre, le prix m'étant payé d'avance, vos syndics auraient le droit de me forcer à la reprendre, et de redemander le prix.

Mais la juste cause et la volonté persévérante ne suffisent pas, quand la capacité manque *ab initio*, ou vient à

manquer depuis. Si donc je reçois une chose que m'a vendue et que me livre un mineur non autorisé à faire le commerce (art. 2 C. comm.), la tradition est nulle relativement à ce mineur, *irrita est traditio.* C'est encore une tradition nulle, *irrita*, relativement à vos créanciers, si, depuis le jugement déclaratif de votre faillite, je reçois les sucres que vous m'aviez vendus avant de faillir (art. 443), ou si je les ai reçus *in solutum* dans les dix derniers jours qui ont précédé votre cessation de payements (art. 446).

Tous les exemples précédents ayant rapport, soit au motif déterminant, soit à la juste cause ou vente, soit à la volonté ou à la capacité, ont des analogies sans nombre, à l'égard desquelles le droit est le même.

Au reste, en ce qui touche la capacité, il est indifférent que celui qui livre, ou celui qui reçoit, agisse par lui-même, ou par quelque autre personne ayant le droit de le représenter, c'est-à-dire d'aliéner ou d'acquérir pour lui, pourvu qu'il ait lui-même la capacité légale d'acquérir ou d'aliéner : *Nihil autem interest utrùm ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis* (L. 9, § 4, D., *De acquir. rer. dom.*), et réciproquement de celui qui reçoit. Le tuteur, le syndic, régulièrement autorisés, sont aussi *loco domini* par rapport au mineur et au failli ; et il en est ainsi de tous ceux qui ont mandat légal ou judiciaire de vendre ou d'acheter pour un autre.

9. — En dernier résultat, considérée dans son essence, la tradition est donc le fait réciproque de livrer et de se livrer, compliqué de sa cause également réciproque d'acquérir et d'aliéner, et se résumant en un fait unique, le changement de propriétaire, qui est le fait commun de l'acheteur et du vendeur.

10. — Considérée dans ses effets, la tradition se présente principalement sous deux aspects : elle est nulle ou valable.

Si la tradition est valable, c'est-à-dire, quand elle réunit les trois conditions constitutives de son essence, une juste cause, plus la volonté et la capacité des deux contractants, elle achève de rompre le lien qui attachait la chose à la personne du vendeur. Celui-ci, par le contrat, s'était interdit tout pouvoir de droit sur cette chose, car son obligation était de la conserver pour la délivrer. En la délivrant, il perd le pouvoir de fait qu'il avait encore sur elle. L'acquéreur l'a donc en pleine puissance. Il en est le propriétaire exclusif (1), incommutable.

11. — *Primâ fronte*, lorsque la tradition est nulle, il est naturel de croire qu'elle ne doit produire aucun effet. L'acheteur semble surtout incapable de transmettre la propriété qui ne lui a pas été transmise. Car comment

(1) Voici pourquoi nous ajoutons le mot *exclusif*, qui pourrait, en cet endroit, paraître un pléonasme, car une même chose ne peut avoir deux maîtres. C'est un principe trivial. Mais, nonobstant la transmission par la seule volonté, et malgré la délivrance ou tradition effective, si la vente est sans terme (au comptant), le Code civil (art. 2102) accorde au vendeur non payé un droit de revendication, en sorte que la propriété peut rester *in pendenti* durant huit jours entiers. Cette revendication *contrà rationem juris*, et manifestement contraire à l'intérêt du commerce, s'y était pourtant introduite par l'habitude où l'on est d'y transporter des lois qui ne furent pas faites pour lui. L'art. 550 du Code de commerce (nouvelle loi) est enfin venu arrêter ce désordre. C'est une nouvelle confirmation du principe que, *dans le commerce*, quelle que soit la convention sur le prix, et que le prix soit payé ou non, *la propriété se transmet par la tradition : duorum in solidum dominium esse non potest*. Le même art. 550 supprime aussi le privilége du vendeur non payé. V. toutefois ce qui est dit *infrà* sur l'art. 576 du Code de commerce au chap. de la *Faillite* et de la *Revendication*.

transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même (1) ?

Tout cela est bien vrai selon la raison du droit ; mais le législateur s'en est écarté dans une vue d'utilité sociale, ou plutôt la nécessité l'y forçait (2). Il faut distinguer.

La tradition étant nulle, l'acheteur ne peut se dire propriétaire relativement au vendeur, si celui-ci vient à prouver qu'il n'a livré sa chose que *par suite d'une convention*, car cette convention fait obstacle à ce que le possesseur puisse avec succès se borner à dire *possideo quià possideo*. Le titre proteste ici contre la possession, et c'est le cas de la règle *meliùs est non habere titulum, quàm habere vitiosum*. Mais la nullité n'opère qu'entre les deux contractants. Relativement aux tiers, non moins étrangers à cette convention qu'à la nullité de ce qui s'en est suivi, le possesseur, par cela seul qu'il possède, est présumé propriétaire, et, en vertu de cette présomption, il transmet valablement la propriété (3). Ce principe mal exprimé, mais consacré par le Code civil (art. 2279), le fut aussi de tout temps par la coutume commerciale. Casaregis, qu'on peut justement appeler *usûsperitus*, nous l'atteste en ces termes : *Ad possidentes præsumuntur pertinere res possessæ* (Disc. 221, n° 21). Quant à la nature de la présomption, c'est une présomption *juris et de jure*, qui n'ad-

(1) Nemo plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet (L. 54, D., *De reg. jur.*).

(2) Utilitas commerciorum exigit ut venditio etiàm rei alienæ fieri possit (L. 28, *De contr. empt.*), ne alioqui contractus hic omnium ferè utilissimus et frequentissimus impediatur, si antè omnia inquirendum tàm exactè emptor habeat de dominio venditoris (Faber, *Ration.*, ad leg. 11, § 2, *De cont. empt.*).

(3) On peut présumer encore et principalement dans le commerce, que le second vendeur est *loco domini*, *v. g.*, commissionnaire, et, par conséquent, qu'il a pouvoir de vendre.

met pas de preuve contraire (1). Ce qu'on dit de l'argent, on peut donc le dire de la marchandise : *non quæritur origo mercis.*

12. — On vient de voir quelle est la forme intrinsèque d'une tradition régulière. En général, quand la tradition est nulle, l'acheteur, pourvu qu'il ait encore la chose, et qu'il l'ait entière, peut, en la restituant, redemander le prix s'il l'a payé, et le vendeur revendiquer la chose, en restituant le prix. Nous disons *en général*, car, si la nullité provient d'un défaut de capacité, elle peut n'être relative qu'à l'incapable exclusivement. Tel serait le cas où je prendrais livraison de la chose que m'a vendue un mineur non autorisé. Le tuteur pourrait seul faire rescinder la tradition; et, si j'ai payé le prix au mineur, il m'incombe de prouver qu'il en a fait un emploi utile. De même, quand l'un des contractants a, par son dol ou son erreur, déterminé le consentement de l'autre partie, c'est encore une nullité relative à cette partie, qui peut seule s'en prévaloir.

Dans le système du Code civil, le plus grand vice d'une vente immobilière, c'est d'être faite *à non domino.* Dans le droit commercial, étranger aux immeubles, et où l'on peut valablement vendre la chose d'autrui, ce n'est pas là un motif de rescinder la tradition. L'acheteur eût-il la preuve que son vendeur n'était pas propriétaire, il n'a nulle action, et la raison en est évidente : le vendeur n'a pu délivrer que s'il était possesseur, car la tradition, c'est la dation de la possession. Or, relativement aux tiers, la possession lui suffisait : *non quæritur origo mercis.*

(1) V. M. Favard, vº *Prescription*, sect. 3, nº 10.

13. — Mais, du moment où celui qui achète *à non domino* et possède par suite d'une tradition intrinsèquement nulle, ne transmet pas moins la propriété que celui qui a acheté du vrai propriétaire et s'est valablement livré, il n'est à faire entre eux aucune différence quant à la forme extérieure et aux effets de la tradition; et, pour ce qui est de sa forme intrinsèque, encore une fois, elle est indifférente à tous ceux qui, depuis la tradition, ont spécialement acquis des droits sur la chose.

Disons-le donc par rapport à tous indistinctement : que le vendeur soit propriétaire ou simplement possesseur, et quelle que soit la chose, l'effet immédiat de la tradition, c'est le *transport de la propriété.*

Car la tradition individualise la chose fongible, et la rend corps certain (1). Par suite, sauf le cas prévu par l'art. 576 (C. comm.), la tradition une fois faite, plus de revendication possible par le vendeur non payé : il a cessé d'être propriétaire.

En outre, dans une vente au goût, au poids, au nombre ou à la mesure, et dans celle où la chose, corps certain ou non certain, est stipulée avec certaines qualités, la tradition est une présomption équivalente à la preuve que la chose a été goûtée, pesée, comptée ou mesurée, et qu'elle avait toutes les qualités promises.

(1) Suivant M. Troplong (*Vente*, n° 42), la propriété des meubles, alors même qu'ils sont des corps certains, ne se transmet que par la tradition, et tel est aussi le sentiment de M. Toullier (t. 4, n° 61 et *passim*). Au contraire, selon M. Duranton (t. 16, n° 188), le transport s'en opère *solo consensu*, et, jusqu'à présent, la jurisprudence est conforme à cette opinion. Mais, outre que le droit commercial ne peut admettre une telle jurisprudence, toujours faut-il, *in utroque jure*, faire exception des choses fongibles. Or, c'est principalement sur ces choses que le commerce opère. Tout ce qui tient à la tradition y est donc d'une extrême importance.

La même présomption existe avec le même effet quant au transport de la propriété, dès que la marchandise expédiée à l'acheteur, de son ordre et pour son compte, a été remise au capitaine, voiturier ou commissionnaire de transport désigné par lui, ou, à défaut, choisi par l'expéditeur, sauf vérification à l'arrivée et recours contre ce dernier, s'il a mal exécuté le mandat que la commande impliquait, de déguster, compter, etc., et de s'assurer de la qualité (V. t. 4, n° 131).

Si la chose n'était déterminée que par son espèce, la tradition équivaut à la preuve que l'acheteur l'a reçue *loyale et marchande* (1);

Et alors même que le vendeur a touché le prix, la chose fût-elle un corps certain, s'il vient à faillir avant la tradition, l'acheteur n'a ni action en délivrance, ni privilége sur la chose (2).

A la vérité, quand les parties et la chose, corps certain, sont en présence lors du contrat, et que cette chose est laissée chez le vendeur, le plus souvent celui-ci s'en rend dépositaire par le seul fait de n'en pas exiger le déplacement immédiat, et, dans ce cas, l'interversion de sa possession constitue la tradition virtuelle (V. t. 4, n° 224), conséquemment le transport de la propriété. Mais, comme on l'a dit même numéro, *circà finem*, « de ce que la « chose est restée chez le vendeur, il ne suit pas *néces-* « *sairement* qu'elle y ait été laissée à titre de dépôt. » Y a-t-il eu dépôt ou négligence de se livrer, refus de dé-

(1) V. t. 4, n° 38, quelle est la signification commerciale de ces expressions.

(2) On enseigne et on juge que, si la chose est corps certain, l'acheteur a contre le syndic l'action en délivrance. Mais, selon nous, c'est une erreur. V. t. 6, *Faillite* et *Revendication*.

livrer, ou retard de retirer? La question est plus de fait que de droit, cela dépend des circonstances, *apud judicem examinabitur*.

14. — Enfin, dans le concours de deux ventes successives de la même chose, celui des deux acheteurs qui a de bonne foi (1) reçu la délivrance ou tradition effective, est seul propriétaire; l'autre acheteur, eût-il antérieurement reçu la tradition virtuelle, n'a qu'une action en indemnité contre le vendeur, et en restitution du prix, s'il l'a payé.

15.—Tels sont les principaux effets de la tradition. Il est aisé de voir combien ils peuvent avoir d'influence sur la fortune d'un commerçant, peut-être même sur son honneur commercial, car l'ambition de s'enrichir promptement, les entreprises téméraires, l'agiotage où cette ambition entraîne, et les prodigalités du luxe qui va toujours croissant, ne sont pas les seules causes des faillites que chaque jour voit éclater et se multiplier (2). Il en naît aussi, en bon nombre, de l'inexécution des engagements commerciaux contractés envers le failli avant sa faillite. D'un autre côté, sauf les causes d'une préférence légale,

(1) Par *bonne foi*, on entend l'ignorance où était le second acheteur que son vendeur avait déjà vendu, et, par conséquent, promis de livrer la chose à un autre. Ce cas, qui est celui de l'art. 1141 du Code civil, suppose toujours que la chose est rendue corps certain, tout au moins par le lieu où elle se trouve, ou doit se trouver, *v. g.*, le blé que j'ai dans tel magasin, le sucre qui m'arrivera par tel navire.

(2) Problème à résoudre : le nombre des faillites s'est élevé à Paris, depuis la loi de 1838, à près de 6,000 (V. *Gazette des Tribunaux* du 15 octobre 1848); et, à partir de 1807, c'est-à-dire depuis trente ans, il n'avait été que de 9,000. D'où cela provient-il?

chacun des créanciers doit être traité à l'égal des autres, et il est de principe que, à partir de la cessation de payements, leur sort, à tous, est irrévocablement fixé (V. t. 6, *Faillite* et *Revendic.*). Rien n'importe donc plus que de connaître précisément les conditions requises pour que la tradition puisse opérer le changement de propriétaire; mais entendons-nous d'abord sur la valeur des termes.

Il est une tradition virtuelle qui produit, sous tous les rapports, et à l'égard de tous sans nulle exception, absolument le même effet que la tradition effective; c'est quand la chose vendue était déjà par devers l'acquéreur dont la possession s'intervertit. Aussi avons-nous fait remarquer (t. 4, n° 224) que cette tradition virtuelle n'est, en quelque sorte, virtuelle que de nom. *In rei veritate*, elle est effective. Toute la différence, c'est que la vente est ici la *justa causa* de l'interversion de la possession, au lieu de l'être d'une tradition que sa cause aurait précédée. La tradition dont il s'agit est si bien l'équivalent d'une tradition effective, que, si le vendeur vendait la chose une seconde fois, il n'en saurait faire une tradition quelconque, à l'insu ou contre le gré du possesseur. Mais, hors ce cas irrégulier d'une cause rétroactive à son effet, quand le même vendeur a vendu deux fois la même chose, il est rationnel d'admettre une différence entre la tradition virtuelle et la tradition effective. Par exemple, si vous me laissez, à titre de dépôt, de commodat, ou de louage, les huit chevaux de trait que je viens de vous vendre, il y a interversion de ma possession, conséquemment tradition virtuelle à votre profit (V. *ibid.*). Cependant, que, plus tard, je vende et livre les chevaux à Jacques qui est de bonne foi, il sera très-conforme aux lois et à l'équité que Jacques ait la préférence. Effectivement qu'ai-je fait? J'ai commis à votre égard *un abus de confiance*. Vous

vous êtes fié en moi, et Jacques en la chose. Étranger à votre choix, et n'ayant commis nulle faute, il peut vous dire à bon droit : *tibi imputare debes quòd talem virum elegeris*. Il fallait prendre vos chevaux, ou les confier à d'autres. Or, quand la chose non volée ni perdue est vendue et livrée par abus de confiance, l'acheteur de bonne foi est à l'abri de toute recherche. Ce point, mal à propos controversé dans le droit civil (1), ne fait aucun doute dans le droit commercial.

Mais quelle parité, ou même quelle analogie entre mes créanciers et Jacques? Jacques, par l'effet de sa bonne foi et de sa possession *animo domini*, a acquis sur la chose un droit spécial ;

Et d'ailleurs, il répugne à l'équité qu'on le dépossède en faveur de celui qui, devant s'imputer d'avoir mal placé sa confiance, doit aussi subir seul les conséquences de son fait. Mais, si je tombe en faillite, les créanciers auront-ils le même droit de vous refuser la chose? En d'autres termes, pourront-ils prétendre que la tradition virtuelle ne vous en a pas transmis la propriété? Assurément non.

Certes les biens d'un débiteur sont tous affectés au payement de ses dettes (art. 2092 C. civ.); ce droit n'est pas nouveau. Mais, par cela même qu'ils le sont tous à toutes les créances, ils ne le sont à aucune d'une manière spéciale. Le droit des créanciers est un droit général et confus, qui n'est pas plus déterminé à telle ou

(1) Nous disons *mal à propos*, car l'abus de confiance dont il s'agit est bien un vol aux yeux de la morale; mais, aux yeux de la loi, c'est un autre délit.

Il est même aujourd'hui de jurisprudence, et consacré par des arrêts de la Cour de cassation, que le détournement d'une chose reçue à titre de gage ou de nantissement ne constitue pas l'abus de confiance puni par l'art. 48 du Code pénal. V. Sirey, 1844, 1, 769.

telle chose qu'à chacune des autres; et c'est pourquoi, tant qu'il n'est pas failli, ou partie saisie, le débiteur, toujours propriétaire, peut librement les administrer toutes, et légalement les transmettre. Cela posé, et la proposition est incontestable, comment mes créanciers pourraient-ils repousser votre demande? ils n'y sauraient défendre qu'à mes droits ou aux leurs (art. 1165 et 1166 C. civ.) (1). Or, s'ils agissent à mes droits, ils se font mes ayants-cause, et vous leur opposez victorieusement la double exception résultant du dépôt et de la règle-maxime *quem de evictione*, etc., car on peut toujours opposer à des ayants-cause les exceptions qu'on pourrait opposer à leur auteur lui-même. Mes créanciers agissent-ils en leur nom personnel, ils ont à prouver la fraude, et l'espèce suppose qu'il n'en existe pas, que vous prouvez (2) le dépôt d'où suit la tradition virtuelle. Par conséquent votre revendication est aussi bien fondée en droit qu'en équité.

Ainsi, hors le cas d'un second acheteur ou d'un créancier gagiste auxquels le vendeur a matériellement livré la chose, et se trouvant en concours avec un premier

(1) Les principes énoncés dans les art. 2092, 1165 et 1166 du Code civil ne sont pas une création de ce Code, ils sont aussi vieux que le droit lui-même.

(2) Tout dépend en effet de la preuve, c'est-à-dire, de la conviction du juge, et c'est le cas de redire : *quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo satis certo modo definiri potest.* Quant à nous, dans l'espèce d'une tradition virtuelle résultant du dépôt, du prêt ou de la location de la chose vendue, si la vente s'était passée entre deux individus faisant un commerce d'une certaine importance, en général, nous exigerions qu'il en eût été passé écritures sur les livres des deux contractants, ou tout au moins sur ceux de l'acheteur. Les tribunaux et les Cours se relâchent trop des prescriptions de la loi à cet égard.

acheteur qui ne l'a pas enlevée, il n'est, en droit, aucune différence, quant au transport de la propriété, entre la tradition virtuelle et la délivrance ou tradition effective. Désormais nous dirons donc délivrance ou *tradition effective*, et tradition virtuelle ou *quasi-tradition* (1).

16. — Un grand principe leur est commun, et ce principe, établissons-le avant tout, parce qu'il domine toute la matière, et qu'il ne souffre ni exception, ni réserve : c'est que la simple convention *que le vendeur se dessaisit de la possession*, *que l'acheteur en est saisi*, et autres semblables, ne peut pas plus opérer la délivrance, ni la quasi-tradition, ou y suppléer, que la simple volonté ne pourrait parfaire le transport de la propriété ; ou plutôt, c'est toujours le même principe. Eussions-nous donc la plus juste cause, le plus strict engagement, la plus ferme volonté, moi, de vous rendre possesseur de ma chose, vous de la posséder, inutilement conviendrions-nous *de la tenir pour délivrée* ; ce ne serait là qu'une fiction, et la loi seule peut en introduire : *fictio est legis, non hominis*. Il faut un fait *transdatif*, ou *quasi-transdatif* (2). Jusqu'à ce temps, la propriété reste où la chose est restée, et la raison en est très-sensible : si, quand il y a juste cause et volonté persévérante, il suffisait aussi de vouloir pour qu'il y eût délivrance ou quasi-tradition, la quasi-tradition ou la délivrance étant la consommation de l'achat et de la vente, il s'ensuivrait que la propriété

(1) Res emptori aut *verè traditur* aut *quasi traditur*. Pacius à Berida, tract. *De empt. et vend.*, n° 245.

(2) Qu'on veuille bien nous passer ces expressions, le mot *translatif* ne rendrait pas précisément notre pensée. V. t. 4, n° 216, *in notis*.

serait transmise par la simple volonté. Or, dans le commerce, le contraire est incontestable ; les lois commerciales sur la revendication ne laissent aucun doute à cet égard (1). Vous n'avez donc nul droit de revendiquer la chose, si je l'ai mise en gage, ou vendue et livrée à un autre : *convenerit inter nos ut mea res esset tua..... non eò magis tua fiet res, nisi sit tibi à me tradita : undè nec priùs te eam rem vindicare posse placuit* (Don., lib. 4, cap. 17, n° 4). Vous ne pourriez même pas la revendiquer entre mes mains, car, pour revendiquer, il faut avoir possédé : votre seul droit est de demander la délivrance (*ut in te transferam*), ce qui est bien différent ; encore ne l'obtiendrez-vous pas, si je suis en faillite, ou qu'un de mes créanciers ait valablement fait saisir la chose. (V. t. 6, *Faillite*, etc.)

17. — Il ne faut pas toujours conclure des risques à la propriété : *solum periculum non arguit proprietatem* (Casareg., Disc. 56, n° 19 ; V. t. 4, n° 133). Néanmoins, après ce que nous avons dit de la tradition quant aux ris-

(1) Que disait-on dans les Chambres pour combattre l'art. 576 ? On disait, et cela est sans réplique en droit : dès que la chose est remise au voiturier, la tradition est faite; *et la propriété* transmise. Elle ne l'était donc point par la seule convention.

V. aussi (*Recueil* de MM. Villeneuve et Carette, 2, 402, un arrêt de la Cour d'appel de Rouen, du 23 novembre 1847, qui, en confirmant un jugement du tribunal de commerce de la même ville, consacre le principe que *la tradition est indispensable pour transférer la propriété de marchandises vendues et échangées.*

V. le *Traité des actions..... chez les Romains*, par M. Bonjean. L'opinion de l'auteur est *diamétralement opposée* à celle d'un autre savant jurisconsulte, selon lequel *la bonne foi, l'équité, la logique, doivent s'applaudir* de la transmission *solo consensu* introduite par le Code civil.

ques (*ibid.*, nos 216 et suiv.), comme les moyens de l'opérer sont, en général, les mêmes quant à ses autres effets, il nous suffira de rappeler brièvement les principes déjà posés, sauf à leur donner ici les développements qu'exige la spécialité du présent chapitre.

---

§ II.

DE LA TRADITION EFFECTIVE, DE LA TRADITION VIRTUELLE, ET DE LEURS PRINCIPAUX EFFETS, RELATIVEMENT AUX TIERS, SELON LE DROIT CIVIL ET SELON LE DROIT COMMERCIAL.

SOMMAIRE.

18. Indication rétrospective de ce dont il est traité au chapitre de la demeure.

19. Dans le cas de deux ventes d'une même chose par le même vendeur, ou au cas de sa faillite, il importe de savoir s'il y a eu transmission de propriété; par suite, nécessité de connaître en quoi consiste la délivrance, et quand la quasi-tradition produit le même effet; même connexité, au point de vue des tiers, entre la tradition et le transport de la propriété, qu'entre la propriété et la revendication.

20. Du vendeur à l'acheteur *et vice versâ*, deux éléments constituent la délivrance : la dation et l'appréhension; à l'égard des tiers, il faut un élément de plus : l'enlèvement; la dation peut être matérielle ou virtuelle, il n'importe; mais il n'est pas indifférent que l'appréhension soit virtuelle ou matérielle; cas singulier où la propriété s'acquiert sans déplacement.

21. La chose absente ou présente peut être l'objet d'une tradition virtuelle; mais, pas de délivrance si les parties et la

chose ne sont pas en présence; différence à faire entre la chose *absente* et celle qui est *au loin*, la chose qui est *en mer* ou *au delà* des mers.

22. En quoi consiste la tradition effective par excellence; mais certaines traditions ne sont pas moins translatives que la tradition de la main à la main; par exemple, lorsque la dation est virtuelle et l'appréhension matérielle; *secùs*, si l'une et l'autre ne sont que virtuelles; exemple; autre espèce où je laisse la chose chez le vendeur et malgré lui, point de transmission.

23. Autre exemple d'une tradition effective où la dation est virtuelle et l'appréhension matérielle : exploitation d'une coupe de bois au vu et su du vendeur.

24. La dation peut être matérielle et l'appréhension virtuelle, et la délivrance n'est pas moins exclusive : telle est l'espèce de la loi 18, § 2, D., *De acq. possess.*

25. Mais lorsque, comme dans le cas de la loi 51, *in princip*, *De acq. possess.*, la dation et l'appréhension n'ont rien de matériel, il n'y a point, relativement aux parties, à distinguer la tradition virtuelle et la tradition effective; mais *quid* relativement à un second acheteur? Nécessité commerciale de la fiction qui rend le magasin du vendeur le magasin de l'acheteur.

26. *Quid*, lorsque le vendeur et le gardien apposé par l'acheteur ont volé la chose en complicité, ou si l'un est complice de l'autre?

27. Dans l'espèce de la loi 18, D., *De acq. possess.*, il s'agit d'une tradition sans déplacement; est-ce une délivrance ou une quasi-tradition? La tradition n'est pas feinte, suivant M. Troplong; nous pensons de même, mais par un autre motif.

28. Espèce de la loi 1, § 21, D., *De acq. possess.*; le cas proposé offre une tradition virtuelle; effet et conséquence qui en résultent.

29. Dans la tradition dont parle la loi précitée, il n'y a ni fiction ni symbole; c'est un acte matériel d'appréhension; son utilité démontrée par la tradition de la chose absente.

30. Exemples de la tradition d'une chose présente et do la tradition d'une chose absente; différence entre l'une et l'autre et d'où elle provient; pourquoi les jurisconsultes romains exigent la remise des clefs *apud horreà, in re præsenti.*

31. La différence entro la tradition pure, translative envers et contre tous, et la tradition de la choso absente, n'importe pas seulement aux parties contractantes; son effet relativement aux tiers démontré par des espèces.

32. Principe : si la chose absente est en mains tierces au moment du contrat et dans un lieu déterminé, impossible d'en faire, en ce moment, une tradition quelconque translative de la propriété à l'égard des tiers, si ce n'est par certains moyens indiqués au paragraphe suivant.

33. Un autre principe régit la vente *à toutes chances;* quelle en est la raison; deux hypothèses qui l'expliquent.

34. Pourquoi, dans l'une de ces hypothèses, il n'y a pas de tradition à faire, et pourquoi l'acheteur devient propriétaire de son chef, *absque ullâ traditione.*

35. En quoi l'autre hypothèse convient avec la première, et où commence la disparité; conséquence de cette disparité et application à des exemples.

36. Quand la matière du contrat ost une simple *espérance,* l'achat de la chose future est régi par le principe que, dès que la chose a commencé d'oxister, l'acheteur en est le propriétaire, bien que sous le rapport des risques il puisse y avoir une distinction.

37. Si la matière du contrat est une *attente,* pas de transfert de la propriété de la chose attendue, sans tradition; deux hypothèses où l'on se trouvo alors nécessairement, et explication de ces hypothèses; *quid,* si la chose attendue a été vendue une seconde fois, et délivrée au second acheteur?

38. Renvoi en ce qui concerne la tradition de la chose expédiée et de la chose vendue en cours de voyage.

39. La fiction par laquelle, en certain cas, le liou où était la chose au moment du contrat devient le magasin de l'a-

cheteur, est privative à l'acte essentiellement commercial; à part cette fiction, les traditions dont on vient de parler ne sont pas moins du droit civil que du droit marchand; mais il en est qui sont particulières à ce dernier droit.

18.—En quel temps, en quel endroit, à quelles conditions, sauf accord contraire, la délivrance doit-elle être offerte ou requise, et le refus constaté, s'il y échet, selon que la vente est alternative ou simple, qu'elle est à terme ou sans terme de livraison, que la chose est quérableou portable, qu'elle doit être expédiée à l'acheteur ou délivrée en un lieu dans lequel ne réside aucun des contractants; à qui, de l'acheteur ou du vendeur, incombe ou appartient l'initiative; qu'a-t-il à faire pour la prendre efficacement, et quels sont les effets respectifs de l'inexécution ou du retard dans l'exécution? C'est de quoi il est amplement traité au chapitre de la *Demeure* (tom. 4, n°s 231 et suiv.), et l'on n'y reviendra plus que pour des applications incidentes. En ce moment, nous n'envisageons l'acheteur et le vendeur que dans l'action même de la délivrance, et dans les faits constitutifs de la quasi-tradition.

19. — Lorsqu'une même chose a été successivement vendue deux fois par un même vendeur, ou que le vendeur est tombé en faillite, il n'importe pas moins aux créanciers du failli qu'aux deux acheteurs et à leurs créanciers de savoir s'il y a eu transmission de la propriété, et au profit de qui. Or, il est comme impossible de s'en rendre compte, si l'on ne connaît en quoi consiste la délivrance ou tradition effective, et quand la tradition virtuelle ou quasi-tradition produit le même effet que la délivrance.

Au point de vue de l'intérêt des tiers, et cet intérêt on ne doit jamais le perdre de vue, il existe entre la tradition et le transport de la propriété, comme entre la propriété et la revendication, une connexion si intime, qu'on ne saurait toucher à l'un de ces points sans réaction sur les autres. Nous serons donc forcément conduits à dire ici quelques mots de la revendication, bien qu'il en soit traité dans le chapitre suivant.

20. — Du vendeur à l'acheteur et de l'acheteur au vendeur, deux éléments suffisent à constituer la délivrance : la dation (*traditio*) et l'appréhension (*apprehensio*) (1) ; mais, à l'égard des tiers, il faut un élément de plus, la *locomotion*, *l'enlèvement* de la chose (2).

La dation peut être matérielle ou virtuelle. Il en est de même de l'appréhension; et, selon que celle-ci est de l'une ou de l'autre espèce, elle peut déplacer la chose matériellement ou virtuellement.

Que la dation soit virtuelle ou matérielle, peu importe; elle a toujours le même effet.

Mais, quant à l'appréhension, il n'est pas toujours in-

(1) V. Doneau, *De jur. civ.*, liv. 4, ch. 17, n° 13.

(2) Entre l'acheteur et le vendeur, il y a *déplacement* par le seul effet de la dation et de l'appréhension matérielles. Par exemple, si nous habitons dans la même chambre, et que je vous y vende ma montre, il y a déplacement par rapport à nous, dès que la montre est passée de ma main dans la vôtre; mais relativement aux tiers, il n'y a pas *enlèvement*, *locomotion*, tant que la montre reste avec moi ou sans moi dans la chambre.

Néanmoins, afin d'épargner au lecteur des distinctions qui pourraient paraître subtiles malgré leur exactitude, et aussi pour éviter des périphrases, nous dirons indifféremment *locomotion*, *déplacement*, *enlèvement*, *retirement*, pour signifier que la chose n'a pas été laissée au lieu où elle était.

différent que la locomotion ne soit que virtuelle, ou qu'elle soit matérielle.

Enfin, il est un cas singulier où la propriété s'acquiert sans dation et sans déplacement, *absque ullâ traditione.*

Expliquons par des exemples ces propositions abstraites. C'est le seul moyen d'en faciliter l'intelligence.

21.— Que la chose soit présente ou absente, on peut toujours en faire une tradition virtuelle (1).

Jamais, au contraire, la délivrance, *transdatio*, ne peut intervenir que si les parties et la chose sont en présence.

22. —Remettre manuellement, et avec la volonté d'en transférer la propriété, notre chose mobilière entre les mains d'un acheteur qui la reçoit et la déplace avec la volonté d'en être propriétaire, c'est le concours de la dation avec l'appréhension et la locomotion de la chose, la tradition effective par excellence; la *traditio-princeps* du pur droit naturel.

Mais, outre cette tradition, justement appelée par Do-

(1) Il ne faut pas confondre la chose absente dont nous avons à parler ici, avec la chose qui est *au loin*, ou qui se trouve soit en mer, soit au delà des mers, et dont nous avons parlé t. 1er, n° 160; t. 3, n° 251 ; t. 4, n° 222). Il ne faut pas non plus la confondre avec la chose en voyage, dont il est parlé t. 4, n° 221. Ces choses peuvent, selon leur nature et les circonstances, être représentées, quant à leur délivrance, par des factures et des lettres de voiture, ou par des connaissements, quelquefois même par de simples factures, aux conditions indiquées t. 1er, n° 161. La chose *absente* dont il s'agit actuellement est la chose auprès de laquelle le vendeur et l'acheteur, ou l'acheteur seul, pourraient aisément se transporter, sans entreprendre ce qu'on appelle un voyage; *v. g*, si je vous vends au Palais-Royal une marchandise que j'ai à la Villette, ou même à Versailles. Commercialement parlant, ce n'est pas là voyager, c'est se déplacer.

neau *maximè naturalis*, il en est plus d'une autre qui, n'étant ni du droit naturel, ni contre le droit naturel, va au-delà de ce droit, *præter naturam* (1), et n'est pas moins translative que la tradition de la main à la main ; c'est lorsque l'appréhension matérielle et le déplacement de la chose par l'acheteur sans le concours actif du vendeur, sont évidemment une conséquence de la volonté de celui-ci. Par exemple, lorsque ayant acheté votre cheval gris et son équipage 300 fr., je l'équipe, le fais sortir de l'écurie et l'emmène chez moi, vous présent et voyant, sans opposition ni réclamation de votre part ; comme il est impossible de douter que mes agissements ne soient une fidèle exécution de votre volonté, le cheval et ses accessoires me sont livrés aussi effectivement que si vous m'eussiez remis vous-même le cheval tout équipé. Dans cette espèce, l'appréhension est matérielle et la dation virtuelle. C'est la délivrance appelée par les docteurs *traditio per patientiam*.

Mais, ce qui est ici une tradition effective ne sera plus qu'une tradition virtuelle, si vous me rendez maître d'enlever la chose, et que le retirement en soit différé par

(1) Une chose est *contrà naturam* quand elle est impossible dans tous les cas possibles. Par exemple, dans toute hypothèse contingente, la possession *in solidum* d'une même chose par deux personnes à la fois n'est pas plus possible, qu'il n'est possible de croire que l'objet qui est dans ma main est aussi dans la vôtre, ou que vous êtes debout précisément sur le même endroit que moi : *Contrà naturam est ut, cùm ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris... et tu stare videaris in eo loco in quo ego sto* (L. 5, § 5, D., *De acquir. poss.*). Une chose est *præter naturam* lorsque, n'étant pas vraie dans le cas vrai, elle le serait dans un cas donné. *V. g.*, si je rapporte 3,000 fr. *en moins prenant* dans le partage d'une société, il n'est pas vrai que je rapporte les 3,000 fr., mais je pourrais les rapporter, et venir à partage égal.

moi, de votre consentement exprès ou tacite. Alors vous devenez dépositaire, et votre possession s'intervertit (Voy. *suprà*, n° 13). Je suis bien approprié relativement à vous et à vos ayants-cause ; je le suis même par rapport à vos créanciers (Voyez-en la preuve, chap. suiv.) ; mais je ne le suis pas à l'égard d'un second acheteur qui, vous ayant acheté le même objet ne le sachant pas déjà vendu, en a été, par suite, matériellement livré. Il reste seul propriétaire (1).

Bien différente est l'espèce où, rendu maître d'enlever la chose, je la laisse chez vous (2) contre votre volonté. Si, pendant ce retard, vous tombez en faillite, inutilement voudrais-je agir en revendication. La propriété ne se transmet que par la tradition. Or, celle-ci devant toujours être l'œuvre commune des contractants (V. *sup.*, n° 7), dès que j'ai refusé mon concours, je n'ai pu devenir propriétaire ; je ne puis donc revendiquer. Je ne le pourrais même pas dans le cas inverse, celui où je vous aurais constitué en demeure. Encore une fois, sans le concours des deux volontés, point de transmission ; et, plus votre demeure est injuste, mieux elle constate votre refus. Tout son effet se borne à vous charger des risques, et, s'il y a lieu, de mes dommages-intérêts (V. t. 4, n°ˢ 263 et 318, et *infrà*, le chap. 2).

23.— Une autre tradition effective où la dation est vir-

(1) Il en est de même si je laisse la chose en payement. Tel serait encore le cas du nantissement, du commodat et du louage, qui, loin d'équipoller au déplacement, en impliquent, non moins que le dépôt, la négation positive.

(2) Par les mots *chez vous*, il faut entendre le lieu quelconque où la chose se trouve à la disposition du propriétaire, ou de son commissionnaire. Là est, en effet, son magasin. V. t. 3, n° 201, *in notis*.

tuelle et l'appréhension matérielle, c'est, par exemple, quand vous m'avez vendu une coupe de bois dans un lieu déterminé, et que j'en ai commencé l'exploitation, à votre vu et su. Ce fait de ma possession vous dessaisit évidemment de la vôtre, car, *per rerum naturam*, nous ne pouvons posséder tous les deux à la fois (1). Si donc vous n'êtes pas payé, et que je tombe en faillite, mes syndics n'auront à craindre aucune demande en revendication (2).

24. — Quelquefois c'est la dation qui est matérielle, et l'appréhension virtuelle. Telle est l'espèce du § 2 de la loi du 18, D., *De acquir. poss.*, où il est dit que, si par mon ordre, mon vendeur a déposé la chose chez moi (*ou dans un lieu convenu*), il est certain que je la possède, sans que je l'aie touchée ni nul autre pour moi: *Si venditorem, quod emerim, deponere in meâ domo jusserim, possidere me certum est, quanquàm id nemo dùm attigerit.* Cujas nous en donne une raison qui est évidente. Qu'importe, en effet, dit ce grand jurisconsulte, que la chose soit déposée chez moi, ou qu'elle me soit mise entre les mains? *quid enim interest inferantur* (res emptæ) *volente eo* (emptore) *in domum ejus, an ei tradantur?* Dès que le vendeur se dessaisit de la chose et

(1) La jurisprudence est vacillante à cet égard. Vous trouverez des décisions pour et des décisions contre; tant il est vrai qu'il n'y a rien de si certain dont le contraire n'ait été jugé. L'arrêt le plus récent que nous connaissions sur la question a été rendu, après un arrêt de partage, le 8 août 1845, par la Cour d'appel de Paris, qui a prononcé dans un sens conforme à notre enseignement.

(2) Ni en *résolution* de la vente. Même arrêt que ci-dessus. C'est désormais un point constant en jurisprudence. Voyez pourtant ce qui est dit t. 3, n° 252.

qu'il la met à ma pleine et entière disposition, c'est une délivrance, exclusive du droit de tout autre que moi à la propriété de cette chose.

25.—Mais, si vous me vendez des foins amoncelés dans votre prairie du Mail-Donges, et que, ayant reçu de vous la permission de les enlever, j'en aie commis la garde à quelqu'un de mon choix, y a-t-il tradition, et quelle espèce de tradition? C'est le cas prévu par la loi 51, *in princ.* D. *De acquir. poss.*, où le jurisconsulte *Javolenus* s'exprime en ces termes : *Si acervum lignorum emero et eum venditor tollere jusserit* (m'ait permis), *simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur.* Il y a donc tradition. Cependant la dation et l'appréhension n'ont rien de matériel, car ni vous ni moi n'avons touché les foins, et le seul mandat du gardien est d'y veiller. Or, il est impossible, *per rerum naturam*, qu'une tradition effective ou matérielle soit le produit d'une dation et d'une appréhension également virtuelles. Il s'agit donc ici d'une quasi-tradition. Quel en doit être l'effet?

Relativement aux parties, à leurs créanciers et leurs ayants-cause, nulle difficulté, puisque, par rapport à eux, il n'y a point à distinguer entre la tradition virtuelle et la tradition effective.

Mais, comme on l'a vu *suprà*, n° 15, relativement à un second acheteur, la quasi-tradition ne peut suffire. Il ne suffit même pas de la dation et de l'appréhension matérielles; il faut une appréhension qui déplace la chose matériellement. Or, nous supposons ici que vous avez trompé la vigilance du gardien, et que, nonobstant mon achat ignoré de Jacques, vous lui avez vendu et livré les foins, qu'il les a dans son grenier, et que je les revendique : *quid juris?*

Jacques pourra me dire : j'étais de bonne foi; vous ne le niez point. Quelle est ma faute? votre gardien m'est étranger. Vous seul l'avez choisi; supportez donc seul les conséquences d'un tel choix : *Tibi imputare debes*, etc... D'un autre côté, le vendeur, possédant la prairie, était par cela seul possesseur apparent des foins. Après tout, que ne les avez-vous enlevés? N'est jamais très-sage, qui laisse son bien chez autrui, et il ne serait pas juste de défrayer à mes dépens votre double imprudence.

Il faut le reconnaître; l'équité ne désavoue pas ce plaidoyer de Jacques qui a pour lui deux grands avantages, sa bonne foi et la chose. On est donc naturellement porté à prendre intérêt au succès de sa défense. Néanmoins écoutons la réplique : *Audi et alteram partem.*

Je n'ai pas, il est vrai, déplacé la marchandise; je ne l'ai pas même touchée, et, si l'on veut, je ne l'ai même pas vue. Mais il est de principe que nous devenons possesseurs, non-seulement par une appréhension manuelle, par le contact du corps ou du pied avec la chose, etc..., mais encore par tout autre fait équivalent à ces diverses manières de prendre possession : *Possessionem acquirimus, non tantùm manu, sive tactu, sive pede..... sed etiàm si quid intercedat, quod tantùmdem possit* (1). Or, il en est ainsi du déplacement de la chose, et il y a même raison pour qu'il en soit ainsi. En effet, le vendeur m'ayant permis de laisser les foins sur place, leur emplacement est devenu mon magasin. Dès lors, qu'ils fussent là ou ailleurs, peu importe. Je ne les possédais pas moins que s'ils eussent été chez moi, *in septis meis*, et j'avais un juste titre.

Cependant il faut distinguer : l'emplacement des foins

(1) Ad. l. 17, § ult. D. *De acquir poss.*

était bien mon magasin par rapport au vendeur, à ses créanciers et ses ayants-cause. *Secùs* de Jacques, aucune fiction ne pouvant faire qu'il ne soit pas matériellement livré. Jacques aura donc raison si j'ai laissé ma chose à la foi du vendeur. Alors la seconde vente serait un abus de confiance, auquel cas le second acheteur qui a, de bonne foi, reçu la délivrance, reste seul le propriétaire (1). Mais la preuve que je n'ai confié les foins ni à la foi du vendeur, ni à la foi de personne, c'est que j'en ai commis la garde, et rien de plus, à un autre qu'à lui. La dation faite à mon insu (nous ne disons pas l'appréhension), est donc une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui,

(1) La loi romaine admettait cette différence qui a été reçue de tout temps et partout, entre le vol (art. 379 C. pén.) et l'abus de confiance (art. 408). Celui-là, dit Casaregis, commet un vol improprement dit, aux soins, à l'administration ou à la foi duquel une chose a été confiée, et qui en dispose outre ou contre l'intention ou le mandat du propriétaire : *Furtum improprium* (un abus de confiance) *committere dicitur qui de re suæ curæ, vel administrationi aut fidei commissà, prœter aut contrà domini intentionem, vel mandatum, disposuerit* (Disc. 124, n° 1). Le marchand qui achète d'un autre marchand la chose d'autrui (*ainsi détournée*), ou qui l'a reçue soit en nantissement, soit en payement de ce que ce marchand lui devait, n'est pas tenu de la restituer au vrai propriétaire : *Mercator emens, vel pro suo credito in solutum vel in pignus recipiens rem alienam, ab altero mercatore, non tenetur eam restituere vero domino* (*Ibid.*, n°s 3, 6 et 15).

Notre auteur ajoute (*ibid.*) que c'est là une règle indubitable, *indubitabilis regula*, introduite *favore libertatis publici commercii*.

Néanmoins la règle se modifiait au profit du marchand qui avait acheté de bonne foi. Dans ce cas, le propriétaire ne pouvait revendiquer, qu'en offrant à l'acheteur le prix que la chose lui avait coûté, *nisi priùs per eum persolvatur pretium* (*ibid.*), modification qui n'a pas lieu parmi nous.

Quant à l'acheteur de mauvaise foi, il était et il est encore toujours obligé à restitution, *nullo refuso pretio*. Il a seulement droit à ses impenses.

et quelle que soit la bonne foi de Jacques, il n'en est pas moins certain qu'il a acheté et reçu d'un voleur. Or, dans ce cas, j'ai trois ans pour revendiquer (1).

Au reste, la fiction qui rend le magasin du vendeur celui de l'acheteur, est une nécessité commerciale. Le commerce serait impossible, s'il fallait que la marchandise fût toujours immédiatement enlevée. Je n'ai donc commis aucune imprudence. Y en eût-il de ma part sous ce rapport ou sous tout autre, la soustraction de ma chose n'en serait pas moins un vol proprement dit. Il n'y a point de parité entre la confiance et l'imprudence.

Jacques est à plaindre sans doute, et sa cause est équitable. Mais l'équité parle en ma faveur plus hautement encore, car je suis le propriétaire. Or, dans un tel concours, la plus grande équité l'emporte : *Potior est major æquitas, quæ semper minori anteponitur et prævalet* (Casareg., Disc. 120, n° 45).

26. — Maintenant que décider si le vendeur et le gardien ont commis le vol en complicité, ou si l'un deux s'est fait le complice de l'autre?

Parmi nous, dirait-on peut-être pour Jacques, les coauteurs d'un crime ou d'un délit, ou l'auteur et le complice, sont punis du même genre de peine, et solidairement soumis, à la même responsabilité civile (59, 55, C. pén.). Jacques aurait donc contre les deux coupables une action solidaire en garantie de l'éviction dont il est menacé. D'un autre côté, c'est un ancien principe consacré par le Code civil (art. 1384), que chacun est civile-

(1) La seconde disposition de l'art 2279 du Code civil est une loi *d'ordre public*, non moins applicable au commerce qu'aux affaires civiles.

ment responsable des délits commis par ses préposés dans l'exercice des fonctions auxquelles il les emploie, et telle est l'espèce, car ce qu'on a vendu et livré à Jacques est précisément la chose commise par vous à la vigilance du préposé. Or, ce préposé est garant de l'éviction, et vous de son délit qui en est la cause. Vous n'avez donc pas d'action contre Jacques, ou du moins Jacques a contre l'action une exception qui la neutralise : *Quem de evictione*, etc.

La réponse est aisée : l'argumentation suppose que le gardien a délinqué dans l'exercice des fonctions auxquelles je l'avais préposé. Or, rien n'est plus faux. C'est, au contraire, en violation du mandat de garder la chose, qu'il en a commis le vol, ou qu'il s'est rendu complice du voleur. On ne présume jamais qu'un propriétaire ait donné procuration de le voler : *Contrà voluntatem domini semper præsumitur fuisse à fure res contrectata* (Casareg., Disc. 189, n° 12). Il n'y a donc pas d'exception à m'opposer. Jacques doit me rendre la chose, et, s'il en a payé le prix, ou qu'il souffre autrement quelque préjudice, il n'a d'action que contre les deux malfaiteurs.

27. — La même loi 18, D. *De acquir. poss.*, nous offre (§ 2) une autre espèce de tradition sans déplacement, et dans laquelle on peut hésiter à dire s'il y a délivrance ou quasi-tradition ; en me montrant du haut d'une tour un fonds qu'il m'a vendu, Titius me déclare qu'il m'en transmet la libre possession, *vacuam possessionem*, et, dès cet instant, je ne le possède pas moins que si je l'avais parcouru à pied dans toutes les directions, *quàm si pedem finibus intulissem*. On sent bien que cette tradition s'appliquerait également à des effets mobiliers,

v. g., si je vous montre, de mon belvédère, ma récolte de raisins ou de colza amoncelée dans une vigne ou un champ.

Suivant M. Troplong, ce n'est pas là une tradition feinte, et nous le pensons avec lui, mais pas comme lui.

Dans l'opinion du savant jurisconsulte, cette tradition est une tradition très-réelle. Et pourquoi? Parce qu'il *y a autant de puissance dans la volonté qui se dirige sur la chose, que dans la main qui l'appréhende, ou dans l'œil qui se promène sur elle* (*Vente*, n° 274) (1).

Selon nous, le mot *feinte* dont se sert le Code civil (art. 1919), est une expression impropre; car, pour qu'il y ait fiction, il faut que la fiction soit, en tous sens, contraire à la vérité: *fictio est contrà veritatem*. Or, il se trouve ici, de la part du vendeur et de la mienne, un fait très-vrai, savoir qu'il m'a montré la marchandise *animo dandæ possessionis* et que je l'ai regardée *animo capiendæ*. Depuis cet instant, la conscience, tribunal unique du pur droit naturel, nous défend également, à lui d'agir envers la chose comme s'il ne m'en eût pas transmis la possession, à moi de prétendre, si elle vient à périr, qu'elle n'était pas encore à mes risques. Or, ce que la conscience nous commande en cette occurrence, le droit juridique la rend obligatoire; car, en matière de vente, on suit dans le droit civil les règles du droit naturel. « Le contrat de vente, dit « Pothier, est entièrement du droit naturel: non-seule- « ment il doit à ce droit son origine, mais il se gouverne « par les seules règles tirées de ce droit.» (*Vente*, n° 2, V. aussi M. Troplong, *Vente*, n° 2.)

Il y a eu dation d'un côté, appréhension de l'autre, ou quelque chose d'équipollent à la dation et à l'appréhension

(1) V. notre t. 1, n°s 113 et suiv.

manuelles, *aliquid quod tantùmdem potest* (V. *sup.*, n° 25). La tradition qui en résulte, nous ne l'appelons pas *feinte*, parce que tout n'y est pas fiction, beaucoup s'en faut; et nous l'appelons *virtuelle*, parce qu'il accède une fiction à deux faits très-réels qui la constituent. Or, cette fiction est la fiction du déplacement de la chose.

On voit dans la loi 1, § 21, D. *De acquir. poss.*, un exemple de cette tradition. Paul en parle dans cette loi comme d'une tradition feinte. Le mot *videri*, ces autres mots *pro traditis haberi*, signes évidents d'un effet fictif, ne permettent aucun doute à cet égard. Mais si le jurisconsulte nous la présente sous l'aspect d'une fiction, ce n'est qu'en l'opposant à la tradition suivie de déplacement. La preuve, c'est ce passage : *Et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis* MOVERI NON POSSUNT. Dans l'exemple proposé, l'appréhension est réelle, car l'organe de la vue n'est pas moins donné à l'homme pour servir son intelligence, que les organes du goût, de l'odorat, de l'ouïe et du tact; et, s'il est vrai que nos sens n'agissent pas sur les objets extérieurs, il est tout aussi vrai que ces mêmes objets agissent sur nos sens. Il n'y a donc ici rien de fictif que la *trans-datio* (1), le déplacement de la marchandise. C'est beaucoup, sans doute, car cette fiction locomotive qui vient se joindre à la tradition par les sens, est ce qui différencie la tradition virtuelle de la tradition effective. Celle-ci ne peut s'opérer que par une locomotion réelle, un déplacement *cum effectu*. Si donc on ne considère que la tradition qui se fait *oculis et affectu* qu'au point de vue de l'enlèvement de la chose, il est très-certain que la tradition ne sera pas *effec-*

(1) Sur la signification du mot *trans-datio*, v. t. 1, n° 216, *in notis*.

tive. Ce ne sera pas non plus une tradition *feinte*, puisqu'il est très-vrai qu'il y a eu physiquement dation et appréhension; et comme, en général, elle a précisément le même effet que la tradition effective, le mot *virtuelle* est sa qualification propre.

Vous me mettez en main l'objet qui m'est vendu par vous. C'est la tradition réelle par excellence. On n'en conçoit pas de plus matérielle; et pourtant, si je laisse la chose chez vous, cette tradition, envisagée sous un certain rapport, ne produira que l'effet d'une tradition virtuelle ou quasi-tradition.

Entre nous, quant au droit, la tradition est bien effective en ce sens qu'elle a produit l'effet de me rendre propriétaire, car, de vous à moi, et de moi à ceux qui vous représentent, je puis, sans déplacer la chose, en acquérir la propriété; cela n'est pas douteux. Mais que fais-je en ne la déplaçant pas? je vous en laisse détenteur, et, par suite, propriétaire apparent à l'égard de tous ceux qui ne sont pas vos ayants-cause, et qui ignorent mon achat. Or, c'est relativement à ces tiers que notre tradition, entendue avec déplacement, n'est qu'une tradition virtuelle où entre la fiction *que votre magasin est devenu le mien*, et il n'en est pas autrement de la tradition opérée *oculis et affectu* (1). Néanmoins, cette fiction du magasin n'étant pas contraire à la raison puisque le fait supposé est un fait possible en soi, la quasi-tradition aura le même effet que la tradition effective contre tout tiers qui ne possède pas physiquement la chose. Voilà le cas pour lequel la fiction dont il

(1) Toute réelle qu'est l'appréhension par les sens jointe à l'intention de posséder, pour que le possesseur tire de la chose quelque utilité personnelle, il faut toujours qu'il la déplace d'une manière quelconque.

s'agit, est introduite dans le droit commercial. Entre les contractants, il n'en est pas besoin, et il ne leur est pas permis d'en créer d'opposables aux tiers; sous ce rapport encore, *fictio non est hominis*. Si donc vous venez à faillir, vos créanciers, bien qu'ils ne soient pas vos ayants-cause nécessairement (V. *infrà*, chap. 2), ne pourront s'opposer à ma revendication.

Mais si, abusant de ma confiance, vous avez vendu et délivré la chose à un second acheteur, feindre que lui et moi, nous la possédons tous deux matériellement, ou que je la possède exclusivement et matériellement, serait une absurdité, une fiction *contrà naturam*. Or il est de principe que la fiction disparaît en présence de la vérité : *debet veritas fortior esse fictione* (La Peyrère, p. 305); et c'est pourquoi un premier acheteur qui, se bornant à l'appréhension *oculis et affectu*, laisse le magasin et la marchandise à la foi de son vendeur, ne peut la revendiquer contre un second acheteur qui en a la possession matérielle (1). Il ne le peut que dans l'espèce d'un vol proprement dit, *v. g.* celui dont il est parlé *suprà*, n° 26. Mais alors, plus de fiction au profit du vendeur. L'apposition du gardien est positivement un fait possessoire. On ne feint pas non plus que le second acheteur n'a pas la chose par devers lui; c'est un fait patent. *On rescinde la tradition*, et la marchandise est rendue au vrai propriétaire.

29. — Quand on est persuadé que la propriété se transmet par la seule volonté, pourquoi ne croirait-on pas que

(1) Ainsi fléchit la fiction que *le mort saisit le vif*. Si je possède réellement depuis un an et un jour, c'est-à-dire si je possède, *potior est veritas*; l'héritier succombe.

la possession se transmet de même? On a donc demandé « si ce coup d'œil, cette imitation d'une prise de pos- « session manuelle par une sorte de geste, ne sont pas « quelque chose d'allégorique et de fictif. » A quoi bon, a- « t-on dit, s'asservir ainsi au *matérialisme des formes!* « Quand la volonté commande, elle est déjà censée obéie « par les sens, et elle supplée à l'acte matériel qui la « suit (1). »

Censée obéie! donc elle ne l'est pas encore. Inutile de revenir sur la réfutation déjà faite d'un pareil système où l'imagination prête à la volonté de l'homme un pouvoir chimérique (2); et, quant au coup d'œil, ce n'est pas plus une fiction qu'une allégorie; c'est un acte matériel, directement propre à l'appréhension. On vient de le prouver. Mais quelle en est l'utilité? On va le dire. Cette question nous conduit naturellement à la tradition de la chose absente.

30. — En voyant une chose, je suis aussi certain de son existence qu'on peut en être assuré par le rapport des sens. Si vous me dites à la croisée de votre château : « Regardez mon cheval blanc qui paît dans cette prairie. « Je vous le vends et vous en fais possesseur ; » cette tradition n'est soumise à aucune éventualité. Elle s'opère à l'instant, et, dès le même instant, la possession m'est acquise. Mais, quand vous me dites à Rennes : « Je vous « fais possesseur de mon cheval blanc qui est à Lander- « neau, chez Jacques ; » qui ne voit que cette tradition n'est plus de la même espèce? Le cheval est-il mort ou vivant, s'est-il échappé, ne l'a-t-on pas volé, n'a-t-il pas

(1) M. Troplong, *Vente*, nos 268, 274.
(2) V. notre t. 1, nos 113 et suiv.

été requis, etc., etc.? La tradition a donc lieu sous la double condition suspensive : si le cheval existe, et, en cas qu'il existe, s'il peut être livré. Si la condition vient à défaillir, aucune tradition n'aura été faite. Or rien de semblable quand je vois paître le cheval. Le coup d'œil n'est donc pas indifférent.

Paul, dans la loi citée, présente d'autres espèces de tradition sans déplacement effectif, et, pour qu'il y ait délivrance, il exige toujours que le fait exprimant l'intention de donner et celui qui exprime l'intention d'appréhender se manifestent en présence de la chose, *rei in præsentiâ*. Par exemple, une somme d'argent étant placée par vous devant moi, si je vous donne, et que vous acceptiez le mandat de la remettre à Mœvius, je suis réputé l'avoir emportée, *pro traditâ habetur*. Mais cet argent, je l'ai vu; je suis certain de son existence, la tradition n'est donc pas conditionnelle. Veux-je vous livrer mes blés en vous remettant la clef de mon grenier? Il faut que la remise ait lieu auprès du grenier même, *apud horrea*. « Pourquoi « cela (a-t-on dit)? Parce qu'il faut que je voie la chose « pour que je sois censé la posséder; parce qu'il faut que « je lui donne un coup d'œil pour la saisir. Or, si ce coup « d'œil n'est pas une fiction, si ce n'est pas une allégorie « pour signifier la prise de possession, quel sens don- « nera-t-on à cet acte corporel (M. Troplong, *Vente*, « n° 260). »

Quel sens? Un sens tout naturel. Quand la clef m'est remise *apud horrea*, ou j'ai vu les blés, ou il ne tient qu'à moi de les voir. Ainsi je me suis assuré ou j'ai pu m'assurer de leur existence. La tradition est donc pure. Mais, si vos greniers sont au delà du Tibre, et que nous soyons à Rome, quelle assurance avons-nous que la chose existe? qu'elle existera encore quand j'aurai fait le trajet, ou

qu'elle puisse alors être appréhendée, etc. (1)? Or, une tradition conditionnelle n'est une tradition, que comme une obligation conditionnelle est une obligation : elle n'a pas d'existence actuelle, et n'existera que si la condition existe (V. notre t. 2, n° 265) (2).

En voulant que la clef soit livrée auprès du magasin, Paul et Papinien (3) n'imaginaient donc rien de fictif, rien de symbolique, rien d'allégorique. Ils restaient, sinon dans le pur droit naturel, du moins dans le droit rationnel; car, comme le dit Mackeldey : « La tradition doit « être regardée comme accomplie, du moment où celui « qui reçoit la chose a la possibilité physique d'en dis- « poser » (n° 257). Or, un acheteur qui a la clef d'un magasin auprès duquel il se trouve, a sur la chose un pouvoir actuel et réel. Mais aussi, à défaut d'une appréhension matérielle et d'un déplacement immédiat, le moins qu'on puisse exiger raisonnablement pour constituer une tradition effective, c'est que l'acheteur soit mis à lieu de s'assurer sans délai, non-seulement que la chose existe, mais encore qu'il peut en opérer ou en commencer le déplacement à sa volonté, *ubi primùm voluerit.* Il

(1) Cette observation n'a pas échappé à Doneau. Pourquoi, dit ce jurisconsulte, faut-il que la clef me soit remise proche du magasin? Parce que, si on me la remet ailleurs, il peut survenir bien des accidents qui m'empêcheraient, soit d'arriver jusqu'à la chose, soit d'en prendre possession : *Si traderentur alibi (claves), multa incidere possent ne pervenirem ad eum locum, neve possem earum rerum possessionem nancisci* (lib. 4, cap. 17, § 4.).

(2) Néanmoins, le stipulant est créancier *pendente conditione*, en ce sens qu'il peut exercer tous les actes conservatoires de son droit conditionnel (art. 1180 C. civ.; l. 42, D., *De oblig. et act.*).

(3) La loi 74, D., *De cont. empt.*, est un fragment des œuvres de Papinien. Il est dit dans cette loi : *Clavibus traditis, ità mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur*, si claves apud horrea traditæ sint.



ne faut pour cela ni fiction, ni allégorie, et ce n'est pas la faute des jurisconsultes romains si, par un mélange adultère de la féodalité avec le droit des gens, le moyen âge a confondu la tradition romaine avec l'investiture (1).

31. — Mais la droite raison qui nous dit que c'est là une tradition pure, une délivrance translative envers et contre tous (2), nous dit en même temps, et par cela même, qu'une différence existe entre cette délivrance et la tradition de la chose absente. Ce n'est pas que cette dernière tradition soit nécessairement conditionnelle; mais elle peut toujours l'être, et elle l'est toujours, si le contraire n'est expressément ou tacitement convenu, *nisi aliter convenerit.* J'achète à Guipavas (3) vos dix caisses sucre Bourbon actuellement en dépôt chez Jacques, à Brest. Mon achat est contracté sous la double condition *si le sucre existe et s'il peut être livré.* Strictement parlant, la première de ces deux conditions n'est pas une condition suspensive (V. t. 4, n° 21). La seconde, au contraire, en est éminemment une, si vous mandez à Jacques de me délivrer les sucres, et cette condition comprendra tous les cas fortuits qui pourraient faire obstacle

(1) Il faut voir dans Ducange, v° *Investitura*, les moyens nombreux et souvent fort bizarres dont le seigneur se servait, selon la variété des cas, pour conférer l'investiture à son vassal. Au reste, il est certaines choses dont la tradition ne peut être faite que d'une manière symbolique, ou allégorique. Par exemple, la main que l'on voyait dans l'empreinte du sceau constitutionnel de la France, au pied de chaque Bulletin des lois, n'était que la traduction *héraldique* de l'art. 48 de la Charte : *Toute justice émane du roi*, etc... C'était le symbole d'une investiture donnée par la nation à son chef suprême.

(2) V. le chap. suivant, et t. 4, n° 226.

(3) Gros bourg à une lieue de Brest.

à la délivrance. C'est l'espèce proposée, t. 4, n° 233, où sont expliqués les effets d'une pareille convention en ce qu'elle a de relatif aux parties elles-mêmes; et l'on a vu que la chose est à vos risques ou aux miens, selon que le contrat contient ou ne contient pas, pour Jacques, un ordre de délivrance. Mais le droit des tiers ne se règle pas toujours sur le droit des contractants, l'un envers l'autre. *Quid juris* donc à l'égard de Salomon, second acheteur à qui les sucres ont été délivrés par Jacques ou par vous-même, avant mon arrivée ou l'arrivée de mon mandataire à Brest? Et, si vous venez à faillir, la chose encore chez le dépositaire, quel sera mon droit à l'égard de vos créanciers?

Au premier cas, la question se décide par le principe établi *suprà*, n° 4, d'après lequel la tradition virtuelle est de nul effet à l'égard d'un second acheteur matériellement livré. Or, dans le cas même où vous ne m'avez pas donné un ordre de délivrance, et, par conséquent, où je suis chargé des risques, il est de fait que je n'ai pas véritablement reçu la chose; je ne l'ai reçue, je ne la possède que civilement, virtuellement, c'est-à-dire fictivement, et la fiction s'évanouit en présence de la réalité; à plus forte raison quand j'ai reçu de vous un ordre de délivrance demeuré sans exécution. Salomon reste donc seul propriétaire, nouvelle preuve qu'il ne faut pas toujours conclure du risque à la propriété : *Solum periculum non arguit proprietatem* (Casareg., Disc. 56, n° 19). L'aliénation de celle-ci exige le déplacement de la chose, ou un fait matériel équivalent à ce déplacement, *v. g.*, la marque, l'apposition d'un gardien. Jusqu'à ce temps, le vendeur est toujours le propriétaire. C'est pourquoi, n'ayant jamais possédé la chose matériellement, je ne puis la revendiquer aux mains de Salomon, comme m'ayant été volée; car, si elle lui a

été vendue et délivrée par vous-même, vous avez, sans doute, commis à mon égard un manque de foi, un acte d'improbité, qui vous soumettent à mes dommages et intérêts, lorsque j'éprouve un dommage, *v. g.*, vu la hausse du cours : mais il ne s'ensuit pas que vous ayez pu voler votre propre chose, *rei enim nostræ furtum facere non possumus* (Vinnius, *in Instit.*, l. 4, § 10) ; et, si c'est Jacques qui la lui a vendue et délivrée sans votre ordre, ce dépositaire aura commis un abus de confiance qui ne constitue pas le vol proprement dit (1).

La seconde espèce offre encore moins de difficulté. En effet, un ordre de délivrance n'est pas une tradition effective, ce n'est même pas une quasi-tradition. C'est uniquement un moyen d'obtenir la délivrance, comme un billet à ordre ou à domicile, n'emportant point novation, n'est pas un payement, mais un moyen d'obtenir le payement. D'un autre côté, votre faillite étant survenue avant toute exécution de l'ordre, et la chose pouvant être livrée, nous en sommes au même point que si vous m'eussiez consenti une vente inconditionnelle. Mon achat est pur, et la chose un corps certain. Mais il n'importe. N'ayant ja-

(1) C'en était un dans le droit romain. Bien plus, il y avait vol de la part d'un dépositaire qui, à l'insu du déposant, appliquait à son usage personnel la chose déposée; *item* de la part du créancier qui en usait ainsi à l'égard de la chose reçue en gage, et du commodataire qui appliquait la chose prêtée à un autre usage que celui pour lequel le prêt avait été fait : *Sive creditor pignore*, sive is apud quem res deposita est, *eâ re utatur*; *sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quàm cujus gratia data est, furtum committit*, *Inst.*, lib. 4, § 6. Mais d'après le Code pénal (art. 379), « est coupa- « ble de vol, quiconque *soustrait* frauduleusement une chose qui ne « lui appartient pas. » Le mot *soustrait* implique l'idée du déplacement de la chose, à quoi ne répond pas le mot *contrectatio* de la l. 2, D. *De furtis*, lequel signifie *maniement*.

mais possédé, je n'ai nul droit de revendication : *Qui nunquàm possessor fuit*, dit Faber, *non habet jus rei vindicandæ, quià nec dominus*. On a enseigné et jugé le contraire, en disant que les créanciers du failli sont, de plein droit, ses *ayants-cause*, et tenus, comme tels, d'exécuter ses engagements. Selon cette doctrine, ils seraient, en quelque sorte, les *héritiers siens* de leur propre débiteur. Or, c'est une erreur grave qui plus tard sera mise en évidence (V. t. 6, ch. 3, § 2).

32. — Posons donc en principe que, si la chose *absente* est en mains tierces au moment du contrat et dans un lieu déterminé, il est impossible d'en faire, en ce moment, une tradition quelconque, translative de la propriété à l'égard des tiers, si ce n'est par des moyens indiqués au paragraphe suivant.

33. — Ce que nous avons dit ailleurs de la vente *à toutes chances*, n'est pas une dérogation à ce principe ; c'est la conséquence d'un autre principe, et voici la raison de la différence : Qnand j'achète à Guipavas vos sucres déposés chez Jacques, à Brest, et que je n'ai pas de vous un ordre de délivrance, le contrat implique, il est vrai, que je me charge des risques, mais ces risques ne sont autres que ceux qui pourraient survenir depuis la convention. Vous n'en répondez pas moins de l'existence de la chose au moment du contrat. Si cette chose avait cessé d'exister, il n'y aura eu ni vente, ni achat : *Sine re quæ veneat, nulla venditio est, sicuti nec emptio*. Or, on a vu, t. 4, n° 60, qu'il en est autrement de la chose vendue *à toutes chances*.

Maintenant, deux hypothèses :

Vous me vendez aujourd'hui, *perdus ou non perdus*, à



15 p. 100 du prix courant, 200 kilogrammes d'indigo Guatemala que vous avez sur le *Sancho Pança*, navire espagnol parti de Tabasco, et dont vous craignez le naufrage, vu son long retard joint à des bruits sinistres qui ont couru en bourse. Peu de jours après, nous trouvant ensemble, en temps de guerre, sur un brick français pris par un corsaire qui se met en devoir de le conduire à Plymouth, je vous achète, à 10 p. 100 du prix de facture, les 60 surons quinquina que vous avez dans le brick : telles sont *in terminis* nos deux conventions. Mais, en réalité, que m'avez-vous vendu? Ce ne sont pas les indigos, car, dans les circonstances, il est évident que vous n'entendiez garantir ni leur arrivée, ni même leur existence. Je n'ai donc acheté que l'espoir qu'ils existaient encore, plus l'espérance qu'ils ne périraient pas, et le droit de m'en saisir à leur heureuse arrivée. Ce que vous m'avez vendu, ce ne sont pas non plus les quinquinas, car vous en aviez perdu la propriété et la possession dès l'instant même où le pavillon anglais avait été hissé à bord du brick; c'est le droit de la guerre : *Vexilla et insignia navis denotant dominium* (Casareg., Disc. 212, n° 5). Mais vous avez pu me vendre et je vous ai acheté l'espérance que le brick serait recous, rançonné, ou abandonné par l'ennemi, et avec le brick la marchandise (1).

34. — Cela posé, qu'il y ait recousse, rançon, ou abandon, et que le *Sancho Pança* arrive à bon port, vos créanciers, si vous êtes en faillite, auront-ils le droit de revendiquer faute de tradition? Assurément non.

D'abord, quant aux quinquinas, il est bien vrai que,

(1) On pourrait ajouter: que la prise serait déclarée *mauvaise*; que des indemnités seraient obtenues, etc.

pris et possédés par l'Anglais, ils n'ont pu m'être livrés ni matériellement, ni virtuellement. Mais aussi, ne me les ayant pas vendus, vous n'aviez point de tradition à m'en faire, et, pour ce qui est de l'espoir d'une recousse, etc... seule chose qui vous restât et que vous m'ayez vendue, il n'était pas susceptible d'une tradition matérielle, ni, par conséquent, d'une tradition virtuelle. De vous à moi, la tradition s'en est opérée par le contrat même, et ne pouvait s'opérer d'aucune autre manière. D'un autre côté, vous aviez cessé tout à la fois et d'être propriétaire et d'être possesseur des quinquinas; en un mot, le contrat une fois formé, il ne vous restait plus rien, pas même une espérance.

Or, l'espérance que j'ai achetée et qui m'a été livrée autant qu'elle pouvait l'être, étant venue à se réaliser dans un temps où vous ne pouviez plus redevenir propriétaire, je le suis devenu de mon propre chef, *absque ullâ traditione.* Vos créanciers n'ont donc rien à prétendre, et des soixante surons quinquina il m'en appartient quarante (1). Réciproquement, si le brick français eût été rançonné, puis le capteur capturé lui-même avec le billet de rançon, et que l'on eût jugé d'après le sentiment de Valin, contraire à celui d'Émérigon, que *la rançon représente le navire et la marchandise*, j'aurais supporté seul

(1) Quarante seulement, c'est-à-dire les deux tiers, parce que l'autre tiers appartient au navire qui a fait la recousse.

Il y a recousse quand un navire français ou allié a forcé l'ennemi à lâcher prise dans les vingt-quatre heures de la capture que celui-ci avait faite. Passé ce délai, le navire repris et le navire ennemi, ainsi que les marchandises, appartiennent en entier au second capteur. Ces vingt-quatre heures sont un temps de faveur, une sorte de *jus postliminii* accordé au navire français ou allié. Dès que le pavillon ennemi est hissé à bord de la prise, l'ancien propriétaire a cessé de l'être. Telle est du moins l'opinion de Valin sur l'art. 8, tit. 9, liv. 3 de l'ordonnance de la marine de 1681, mais c'est un point controversé.

la part contributive afférente aux quinquinas dans le rançonnement (1).

35.— Pour ce qui est des indigos achetés *perdus ou non perdus*, vos créanciers n'y ont pas plus de droit que sur les quinquinas. La matière du contrat étant ici, dans mon premier achat, l'espoir fort douteux que la marchandise arrivera (V. t. 4, n° 222); dans le second, l'espoir plus douteux encore d'être rançonnés, recous ou abandonnés, ce qui est vendu par l'un et par l'autre contrat n'est autre chose qu'une chance, *spei venditio est*, et, sous ce rapport, il y a parité. Mais, quant à la tradition, la parité cesse, et la différence est celle-ci : Quand j'ai acheté les quinquinas, comme vous en aviez perdu la possession *jure belli*, vous ne pouviez m'en faire une dation quelconque, et j'en suis devenu propriétaire, *omissâ traditione*, ainsi qu'on vient de le dire, par le seul fait de la recousse, etc. Les indigos, au contraire, quels que fussent leur péril et leur éloignement, n'avaient pas cessé de vous appartenir, et vous en étiez toujours possesseur par votre capitaine ou par son remplaçant. Vous l'eussiez été encore, tout l'équipage eût-il péri, car, lorsqu'on a été possesseur et qu'on n'a pas voulu cesser de l'être, la possession se conserve par la seule volonté. Cela posé, notre contrat implique évidemment que vous m'avez donné la permission d'appréhender les indigos partout où ils arriveraient, s'ils arrivaient ; en d'autres termes, *que vous les avez mis*

(1) Suivant Valin (*ubi sup.*), *la rançon représentant le navire rançonné*, le second capteur en profite pour un tiers, si le navire ennemi et le billet sont pris dans les vingt-quatre heures, et, si plus tard, pour le tout.

Emérigon (chap 12, sect. 23), conteste cette doctrine, et fait des distinctions que nous n'avons pas à examiner ici.

à ma disposition autant qu'ils étaient à la vôtre, et qu'il dépendait de vous (V. t. 3, n° 250). Or c'est là une tradition virtuelle opérant un effet translatif à l'égard de vos créanciers et de vos ayants-cause (V. *suprà*, n° 4).

Cette différence en entraîne une autre dont voici le résultat : Si je meurs dans le trajet, et que, de retour en France, vous vendiez les quinquinas à David qui les reçoit matériellement et de bonne foi, vous commettez un vol, et mon héritier revendique à bon droit contre David (V. *suprà*, n° 26). Au contraire, lorsque, ayant appris avant moi l'heureuse arrivée des indigos à Marseille, vous êtes allé les vendre et les délivrer à Jacques qui ne connaissait pas mon achat, à la vérité vous n'avez pu le faire *salvâ fide*, ni sans vous exposer à mes dommages et intérêts; mais vous l'avez fait *ex jure dominii et possessionis* : la possession de Jacques a fait cesser la mienne. La propriété lui reste.

Au premier cas, il y a vol, parce que, depuis mon décès, les indigos étant exclusivement possédés pour mon héritier par le capitaine, vous n'avez pu les recevoir de lui que pour mon héritier, ni, par conséquent, les délivrer à David, sans commettre une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, qui ne vous était pas confiée. Mais, quant aux quinquinas, il n'y a pas de vol, puisque la permission de m'en saisir n'étant qu'une tradition virtuelle qui ne pouvait se réaliser que par une appréhension que je n'ai pas faite, la possession réelle vous restait et avec elle la propriété. Vous avez donc pu, sans vol, les transmettre à Jacques. C'est, au reste, le cas de tout vendeur qui, au mépris de la foi promise, et encore bien qu'il ne puisse jamais matériellement livrer qu'une seule fois une même chose, en a cependant fait deux ventes successives (1).

(1) C'est sur cette doctrine qu'est fondé l'art. 379 du Code pénal, portant définition du vol. V. notre t. 1, p. 223, note 3.

36. — Quand la matière du contrat n'est qu'une simple *espérance*, l'achat de la chose future se régit, à l'égard des tiers et relativement à un second acheteur, par le principe absolu qu'aussitôt que la chose a commencé d'exister, l'acheteur en est le propriétaire-né, sans que le vendeur ait à la livrer, ni que même il la puisse livrer comme la possédant *pro suo*.

A la vérité, sous le rapport des risques, une distinction est nécessaire entre le contrat par lequel vous me vendez la première prise que *fera* votre corsaire le *Væ - Victis*, et celui par lequel j'achète à Salomon la première prise que *ferait* son corsaire *l'Avocat du Diable*, dans les dix premiers jours qui suivront l'équinoxe de septembre. Si le *Væ - Victis* ne prend rien, je ne vous dois rien ; et je dois le prix à Salomon, son *Avocat du Diable* ne fît-il aucune prise (V. t. 4, n°s 58, 59). Mais, dans la présente hypothèse qui suppose la réalisation accomplie de l'une et de l'autre espérance, il n'y a plus à distinguer : *idem juris est*. C'est pourquoi, chacun des corsaires ayant fait sa prise, les prises m'ont appartenu dès le moment même où elles ont été faites, c'est-à-dire dès que la chose a existé. La raison en est très-simple. En faisant les deux prises depuis mes deux contrats qui leur étaient inconnus, les deux capitaines ont géré mon affaire, l'un croyant gérer la vôtre, l'autre, l'affaire de Salomon. Les créanciers respectifs des vendeurs n'ont donc rien à prétendre. Par voie de conséquence, si la prise du *Væ - Victis* ayant été conduite à Roscoff où vous résidez, vous l'avez vendue et délivrée à Jonathas, vous aurez commis un vol, cas dans lequel le second acheteur est tenu de rendre la chose au vrai propriétaire (V. *suprà*, n° 26) ; et il en serait ainsi de Salomon.

37. — Si la matière du contrat est une *attente* (1), la propriété de la chose attendue ne peut être acquise sans la tradition, car, pour emprunter les expressions de Faber, il y a ici quelque chose de plus qu'une espérance, *aliquid est præter spem*. Or il tombe sous le sens que toute tradition d'une chose attendue est impraticable au moment du contrat : la tradition matérielle, puisque la chose est dans le futur contingent; la tradition virtuelle, par cela même que la tradition matérielle est impossible en soi. La propriété reste donc *in pendenti*. Mais, en pareilles conventions, on se trouve nécessairement dans l'une de ces deux hypothèses : ou j'ai chargé mon vendeur d'appréhender pour moi la chose lorsqu'elle existerait; ou je me suis réservé de l'appréhender moi-même (2). Par exemple, quand vous me vendez l'huile qui sera l'an prochain le produit de votre récolte, la convention, conçue en ces termes, implique un mandat que je vous ai donné de cueillir les olives et de fabriquer l'huile, ou, ce qui revient au même, une location d'ouvrage. Or chacun de ces agissements constitue à mon profit un acte possessoire, une appréhension; car, comme on l'a vu (t. 4, nos 131, 160), en semblable occurrence, rien n'empêche qu'un acheteur ait son vendeur pour mandataire. Si donc vous venez à faillir après avoir fabriqué, ou même avant la fabrication, mais depuis la récolte, vos créanciers seront sans droit à contester ma propriété. Au contraire, si votre faillite arrive *rebus integris*, les fruits étant à vous *jure soli*, je ne suis que créancier à raison du prix, s'il est payé, et, s'il y a lieu, pour mes dommages et intérêts (3).

(1) Sur la différence à faire entre *l'attente* et l'espérance, V. t. 4, n° 69.

(2) Ou par un autre mandataire que le vendeur.

(3) Il n'y aura lieu à dommages-intérêts, que si le vendeur a

Après ces notions générales sur la transmission de la chose attendue, il va sans dire que sa seconde vente et sa délivrance à un tiers ne seraient pas un vol proprement dit, mais un abus de mandat ou de confiance, dont l'effet est expliqué *suprà*, n° 25; et que, si je m'en suis réservé l'appréhension personnelle, je n'en serai propriétaire à l'égard des créanciers que par le fait matériel de l'appréhension.

38. — Quant à la tradition de la chose expédiée et de la chose vendue en cours de voyage, V. le chapitre suivant, et t. 4, n°s 127, 135.

39. — La fiction par laquelle, en certaines circonstances, le lieu où était la chose lors du contrat devient le magasin de celui qui l'achète (V. *sup.*, n° 25), est privative à l'acte essentiellement commercial d'acheter *pour revendre ou pour louer* (art. 632 C. comm.); par exemple, la boutique ou l'étal du détaillant ne sont pas plus réputés devenir le vestiaire ou le garde-manger du consommateur, que ma remise et mon écurie ne sont censées devenues les vôtres, si vous avez acheté ma voiture et mes chevaux pour votre usage personnel. A part cette fiction, dont l'objet est d'équivaloir, relativement aux créanciers du vendeur, à l'enlèvement de la chose, et hors le cas où la matière de la vente est un navire, les traditions dont nous venons de parler ne sont pas moins du droit civil que du droit marchand. Il n'en est pas autrement de celles qui ont lieu, soit par une interversion de possession,

laissé passer le temps de la récolte. Si la faillite survient, *v. g.*, la récolte à moitié faite, ce qui a été cueilli est ma propriété. Pour le surplus, je suis simple créancier.

soit par la marque de l'acheteur apposée sur la chose, ou par la mise de la chose à sa disposition. Ce que nous avions à dire touchant ces divers modes de tradition, nous l'avons dit tome 4, nos 221, 222, 224, 225, 226. Inutile d'y revenir; et, quant à la tradition par l'effet du comptage, du pesage ou du mesurage, il en est amplement traité, même tome, nos 116, 126. D'ailleurs, par rapport aux tiers, la propriété de la chose fongible ou conventionnellement réduite en quantité, ne peut évidemment pas être transmise tant que la chose n'a pas été comptée, pesée ou mesurée.

Mais, outre les traditions qui, sauf la fiction locomotive, sont communes à la vente civile et à la vente commerciale, le commerce en a d'autres qui lui sont particulières, et qu'il met journellement en pratique; empressons-nous d'y arriver.

---

§ III.

DES TRADITIONS PRIVATIVES AU COMMERCE.

SOMMAIRE.

40. Quelles sont ces traditions et comment elles s'opèrent.

40. — Ces traditions se pratiquent de différentes manières, suivant la nature différente des objets vendus, et selon les circonstances dans lesquelles il s'agit de les livrer. On en fait la tradition, tantôt par la dation ou remise d'une facture et d'un connaissement, ou d'une facture et d'une lettre de voiture, quelquefois même d'une simple facture ; tantôt par un transfert en douane ; d'autres fois enfin par l'accomplissement de certaines formalités particulières à la transmission des navires.

1° De la tradition par la remise d'une facture et d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, et de la tradition par la remise d'une simple facture.

SOMMAIRE.

41. Espèce comparative d'un achat non commercial, d'un achat commercial, de marchandises à expédier, et de l'impor-

tance du connaissement pour l'acheteur commerçant; là où est le connaissement qui doit être déchargé, là est la marchandise; livrer le connaissement, c'est livrer la chose.

42. Nécessité et avantages de cette tradition, où il entre moins de fiction que de réalité.

43. Cependant cette tradition n'étant pas purement effective, que décider si Salomon, au cap Français, charge pour compte de qui il appartiendra et à la consignation de Jacques, son créancier, six barriques sucre, et qu'ensuite il les vende à David, mais sans les lui livrer? Sentence rendue au rapport d'Emérigon et conforme au droit commercial.

44. *Quid* encore, dans l'espèce, si, le connaissement étant au porteur, Salomon en transmet deux à Jacques, que celui-ci m'en remette un en me vendant les sucres; puis qu'avec l'autre, ayant fait débarquer la marchandise, il la vende à un acheteur de bonne foi qui s'en livre? Solution.

45. Ce qui a été dit du connaissement est applicable à la lettre de voiture.

46. Par suite, là où est la bonne lettre de voiture, là est la marchandise; comme là où est le connaissement qui doit être déchargé, là est le chargé; doute élevé sur ce point et résolution de ce doute.

47. Renvoi aux t. 1 et 2 pour la tradition qui se fait par la remise ou la négociation de la simple facture.

48. Cependant, *jure veteri*, cette doctrine avait ses partisans et ses adversaires; espèce de l'*ancien Repertoire de jurisprudence* et dissertation de M. Merlin; cet auteur modifie sa solution dans le nouveau *Répertoire*; erreur de l'un et l'autre *Répertoire*; effet normal de la facture acceptée, son effet fictif.

49. A quelles conditions la facture acceptée de la chose est censée la chose même; renvoi au tome 1er; espèce d'un vendeur qui, ayant déjà vendu sur facture, vend la même chose à un second acheteur de bonne foi qui s'en livre; celui-ci est préféré; pourquoi cette différence entre la vente sur facture seulement et la vente sur facture et connaissement, ou sur facture et lettre de voiture.

41. — Lorsque, sur la commande de M. le curé de Plouescat, qui s'adresse pour la première fois à Pierre de Libourne, celui-ci voudra lui expédier par le trois-mâts le *Saint-Houardon*, un tonneau de tel vin blanc pour sa consommation, que fera Pierre? Il choisira les vins, marquera les futailles, et les fera porter à bord; puis, dans les vingt-quatre heures, il dressera et présentera à la signature du capitaine un connaissement où le destinataire sera dénommé, et dans lequel seront consignées toutes les énonciations prescrites par la loi (art. 281 C. comm.); et, comme il aura le désir de consolider des relations commencées avec un bon provisionnaire, le riverain de la Garonne, en transmettant à M. le curé un des quatre originaux du connaissement, lui écrira très-probablement, sinon en ces termes, du moins quelque chose de semblable : «........ Si je vous passe les vins au prix courant de « samedi dernier, c'est dans l'attente agréable que vous « me continuerez la faveur de vous servir. Depuis trois « jours, le cours s'est élevé sensiblement; mais ce n'est « presque rien en comparaison de ce qu'on peut craindre. « Encore une gelée comme celle de la nuit dernière, et « nos vendanges de l'an prochain donneront à peine de « quoi offrir le saint sacrifice. » (*Historique.*)

Cette lettre reçue et le risque étant couvert, le destinataire attend patiemment tant que les vins sont en route. Le navire arrivé, M. le curé paye le fret, décharge le connaissement et fait enlever sa chose. Jusqu'à présent, à ne considérer que l'achat et la vente, nul acte commercial. Il n'en intervient pas de la part du vendeur; car les vins sont-ils de son cru, il ne commerçait pas en les vendant; les avait-il achetés, son achat seul est acte de commerce; il n'y en pas dans la revente (V. t. 4, n° 3), et bien moins encore dans le fait du provisionnaire, dont l'état

seul exclurait le soupçon d'un achat fait pour revendre, Conséquemment, à son égard, le connaissement ne tient pas lieu des vins, comme il en tiendrait lieu à l'égard d'un commerçant qui les aurait achetés en vue de les négocier; c'est uniquement un titre pour les exiger du capitaine; et, dès qu'ils sont dans sa cave, il n'a plus nul intérêt aux variations du cours (V. t. 2, n° 301, *in notis*).

Mais ce qui n'est pour lui, consommateur, d'aucune importance, est très-important pour moi, négociant, qui ai sur le *Saint-Houardon* 80 tonneaux Médoc que David m'a vendus et expédiés avec deux connaissements de 40 tonneaux chacun. L'an passé, la récolte fut des plus médiocres, et, cette année, la vigne a beaucoup souffert. Le fait est désormais notoire. De là bonne hausse avec tendance à surhausse, et ce n'est pas le moment de vendre. Malheureusement un cas imprévu m'y force. Par suite de relations dont je n'avais eu qu'à m'applaudir, j'ai accepté, à découvert, 20,000 fr. traite de Salomon, dont l'immense fortune vient subitement de s'engloutir dans des spéculations sur les chemins de fer. Mes acceptations arrivent à échéance, et ma caisse est vide. Je vends donc sur facture et connaissement 40 tonneaux, compté-comptant. Cette vente à contre-temps me fait perdre à gagner, ou du moins mon bénéfice est fort réduit. Mais, ce qui est vital pour moi, je fais honneur à ma signature, et les 40 tonneaux restants me dédommageront plus ou moins du sacrifice qui m'est imposé par les circonstances.

Qui eût fait un tel marché, si, dans la supposition où je viendrais à faillir, il ne se fût pas cru incommutablement approprié? On achète rarement au hasard de tout perdre. Confirmons donc le principe posé t. 3, n° 238 : « Là où est le connaissement qui doit être déchargé, là est

« la marchandise ; *par conséquent*, livrer le connaisse-
« ment, c'est délivrer la chose. »

42. — Cette fiction ingénieuse où tout n'est pas fictif (V. t. 3, n° 238), est une nécessité commerciale. Sans elle, tant que le navire est en route, les ventes maritimes pures et simples seraient presque impossibles, faute de sécurité ; par elle les choses et la valeur des choses se multiplient en quelque sorte à volonté. Elle fournit au commerce de mer un aliment perpétuel, et le mouvement rapide qu'elle imprime aux capitaux (V. t. 1er, n° 160) met à la disposition du commerçant des ressources toujours prêtes. Voilà pourquoi on a dit du connaissement qu'il est *la lettre de change des mers* (1) ; et, si la comparaison pèche en quelques points, elle est exacte en ce sens que la marchandise en voyage devient la provision du connaissement négocié. Mais le connaissement-lettre de change a sur la lettre de change ce triple et grand avantage qu'il est toujours *accepté* d'avance, que la provision en est toujours faite, et que rien ne peut la détourner de sa destination. Par conséquent, à moins de dol ou de cas fortuit, le porteur a, dès à présent, la certitude qu'à l'arrivée du navire il possédera matériellement. Or, quand la tradition produit un tel effet, elle implique moins de fiction qu'elle n'a de réalité (V. t. 3, n° 238).

43. — Cependant la tradition n'étant pas purement effective, que faudrait-il décider dans l'espèce suivante : « Salomon, de Nantes, se trouvant au cap Français, charge *pour*
« *le compte de qui il appartiendra et à la consignation de*

(1) Disc. de l'orateur du gouvernement devant le Corps législatif (17 septembre 1807).

« *Jacques, négociant à Douarnenez*, son créancier, six barriques sucre sur le vaisseau *la Provençale*, capitaine « *Soto-Minor*. Quelque temps après, Salomon vend à « David ces mêmes barriques sucre, sans les déplacer, « car le capitaine, déjà lié par le connaissement envoyé, « refuse de les débarquer. Cette vente est écrite au dos « de l'original du connaissement resté aux mains de l'expéditeur. Sentence du 29 avril 1750, rendue à mon « rapport, dit Émérigon, t. 1er, p. 318, qui adjugea les « six barriques sucre à Jacques, *lequel était présumé en* « *être saisi depuis qu'elles avaient été chargées à sa consignation;* » ce qui signifie, dans l'entente du rapporteur: Salomon, débiteur de Jacques, ayant expédié les sucres à Jacques, et signé un connaissement où Jacques est dénommé comme destinataire, celui-ci en a reçu la tradition effective par le capitaine *Soto-Minor*, dès l'instant même où ce capitaine les a reçus (V. t. 4, n° 129); c'est une dation en payement à due concurrence, et, dans l'espèce, l'équivalent d'une vente. D'un autre côté, dès que le capitaine a possédé, et Jacques par le capitaine, la possession de Salomon a cessé, car deux personnes ne peuvent à la fois posséder *in solidum* la même chose. Salomon ne pouvait donc faire aucune tradition à David, et la sentence d'Émérigon est très-conforme au droit commercial.

44.—Mais *quid juris* dans cette hypothèse? Le connaissement était *au porteur*, et, par méprise, Salomon en a transmis à Jacques deux originaux, celui qui lui était destiné, et le sien propre. Jacques m'en remet un, en me vendant les sucres, compté-comptant; puis, ayant appris que la *Provençale* est entrée dans le port de Quimper où elle est à quai, il part avec l'autre original, donne acquit

au capitaine, fait débarquer la marchandise, et la vend à Abraham qui, étant de bonne foi, la fait aussitôt transporter dans ses magasins? Auquel des deux acheteurs appartient la chose?

Abraham pourra me dire: Oui, vous possédiez avant moi. Mais quelle possession aviez-vous? Une possession virtuelle, rien de plus. *In rei veritate*, vous ne possédiez pas, car un connaissement n'est pas du sucre. Vous étiez *censé* posséder, c'est-à-dire, vous possédiez fictivement, et, en présence de la vérité, la fiction cesse (V. *suprà*, n° 28); après tout, eussiez-vous possédé matériellement, toujours est-il certain que vous ne possédiez plus quand j'ai traité; par conséquent, je dis à bon droit, *possideo quià possideo* (art. 2279 C. civ.).

Les sucres, ajoutez-vous, étaient volés. Autre erreur: il ne suffit pas, pour commettre un vol, d'acquérir par fraude la possession d'une chose. Cette chose, il faut l'avoir *soustraite frauduleusement; et, soustraire frauduleusement* (art. 379 C. pén.), c'est emporter la chose d'autrui pour se l'approprier, ou à son insu, ou contre son gré (1). Ici rien de semblable. Mon vendeur tenait la chose de *Soto-Minor* lui-même. La bonne foi de ce capitaine a été surprise; voilà la vérité. Ce qui est encore vrai, c'est que, par le seul fait de lui avoir donné décharge, Jacques a trompé le capitaine; peut-être y a-t-il escroquerie (art. 405 même Code); mais, de vol proprement dit, il n'y en a pas; conséquemment, point de revendication admissible.

La réponse est aisée. S'il était vrai de nos jours, comme Émérigon le pensait, que «jusqu'à ce que la tra-

(1) C'est ce que la Cour de cassation a jugé, arrêt du 2 mai 1845; *Journal du Palais*, 1845, p. 576.

« dition réelle ait été faite au porteur du connaissement, « il n'a qu'une action personnelle, qui est subordonnée « aux droits du tiers (1), » la première objection serait péremptoire. Mais le connaissement n'est plus aujourd'hui ce qu'il était alors. L'art. 281 du Code commercial veut que le connaissement puisse être fait soit *à ordre*, soit *au porteur*, ou à personne dénommée, disposition que ne contenait pas l'ordonnance de la marine. Cette innovation, exigée par l'immense accroissement des relations et des transactions maritimes du commerce français, a changé le connaissement, autrefois valeur inerte, en un papier négociable, et c'est pourquoi on l'a justement qualifié, en l'appelant *la lettre de change des mers* (V. *suprà*, n° 42).

L'effet de l'endossement (2) d'une telle lettre de change, dont la provision est toujours faite à l'avance, et est toujours un corps certain, non-seulement par les marques et les autres désignations que le connaissement renferme, mais encore par le nom du navire qui transporte la chose, cet effet, disons-nous, personne ne l'ignore, c'est de transférer à l'instant et incommutablement la propriété des objets vendus. « Les connaissements, dûment ré« gularisés, dit la Cour de Rennes dans un arrêt du « 11 juillet 1837 (3), contre lequel on s'est inutilement « pourvu en cassation, font foi de la propriété des mar« chandises y désignées. C'est le titre légal qui indique

(1) Emérigon, chap. 2, sect. 3, p. 319. Il paraît que tel était l'usage dans le commerce de la Méditerranée et des échelles du Levant.

(2) V. *Journal du Palais*, t. 2, 1837, p. 334. V., *ibid.*, 1843, 1, 367, un arrêt de cassation du 1er mars, statuant que l'endossement du connaissement, pour opérer transport, doit exprimer la *valeur fournie*. Nous examinons cet arrêt dans le chapitre *De la Revendication*, t. 6.

(3) Voyez-le dans le *Journal du Palais*, t. 2, 1837, p. 334.

« le légitime propriétaire. » Le transport de la chose par le transport du connaissement est un mode *civil* (1) de tradition effective. Sans cela, comme le dit encore le même arrêt, *une grande perturbation serait apportée dans les affaires commerciales.* Sans doute c'est une fiction, et c'est une fiction contraire à l'art. 1141 du Code civil (V. t. 1er, n° 160), et à la première disposition de l'art. 2279 du même Code. Mais, encore une fois, c'est une nécessité commerciale, et jamais fiction ne fut plus près de la vérité ; car, s'il n'y a pas vol, proprement dit, il y a toujours *jure civili* l'équivalent d'un vol de la part de celui qui, ayant déjà vendu sur connaissement, trompe un deuxième acheteur, et lui délivre la chose. Il ne l'obtiendra jamais qu'à l'aide de moyens énoncés dans l'art. 405 du Code pénal.

Que le juge criminel distingue entre l'escroquerie et le vol, à la bonne heure ; il doit qualifier le fait conformément à la loi criminelle. Il le doit d'autant plus que, sous un rapport, il peut punir le vol moins sévèrement que l'escroquerie, *et vice versâ*, sous un autre rapport. Quant aux effets civils de l'un et de l'autre délit, il ne faut pas s'attacher au sens littéral du mot *vol* dans l'art. 2279. Cette doctrine a ses adversaires, et leurs arguments ne sont pas à dédaigner. Mais, après en avoir fait l'objet d'un examen attentif, M. Troplong s'exprime en ces termes : « Il faut dire néanmoins que ces raisons ne doivent pas « triompher. Celui dont le meuble a été escroqué, n'a « donné aucun consentement sérieux. La chose est sortie « de ses mains sans son aveu. On ne peut lui faire aucun « reproche, et l'esprit de la loi empêche de mettre une

(1) *Civil*, c'est-à-dire introduit par la volonté de la loi, *utilitatis causâ.*

« différence entre l'escroquerie et le vol » (*Prescription*, t. 2, n° 1069). Décision fort sage, selon nous, car en quoi peut-il m'importer d'être plutôt dépouillé par le fait d'un voleur que par les manœuvres d'un escroc, et réciproquement? Abraham aura donc à me rendre les sucres, sauf son recours contre Jacques et aussi contre Salomon, premier auteur du préjudice (art. 1382 C. civ.) : *Qui dat causam casui, eum præstare debet* (Casareg., Disc. 54, n° 62).

45. — La lettre de voiture étant au commerce de terre ce que le connaissement est au commerce maritime, en tant du moins qu'il s'agit des achats et ventes, ce que nous avons dit du connaissement sous ce rapport, est également applicable à la lettre de voiture. Cependant la loi qui en prescrit la forme (art. 102 C. comm.) n'énonce pas, comme à l'égard du connaissement (art. 281), qu'on peut la faire à ordre, ou au porteur. Mais gardons-nous d'oublier que, par rapport aux tiers, la chose en voyage ne peut jamais être valablement achetée que sur une facture et un connaissement, ou sur une facture et une lettre de voiture, *signée par l'expéditeur*. La facture constate la vente; c'est la *justa causa transferendi dominii*. La lettre de voiture remise avec la facture, est, par la fiction de la loi, la tradition effective de la marchandise ; d'une autre part, la facture peut être à ordre ou au porteur; c'est la conséquence de l'art. 109 combiné avec l'article 576, et l'usage est là pour l'attester; il y a donc parité.

46. — Cela posé, pourrait-on dire de la lettre de voiture jointe à la facture négociée, qu'elle est aussi *une lettre de change*, comme on l'a dit du connaissement?

Pour pouvoir le dire, il faut qu'il y ait encore parité entre le voiturier et le capitaine. Celui-ci, en signant la police des effets chargés, accepte d'avance *la lettre de change* que pourrait créer la négociation du connaissement. En est-il ainsi du voiturier? En d'autres termes, est-il obligé de remettre les effets à quelque autre que le destinataire dénommé dans la lettre de voiture? En d'autres termes encore, au cessionnaire du destinataire?

Ce qui a fait naître la question, c'est la rédaction trop concise peut-être de l'art. 101, ainsi conçu : « La lettre « de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voi- « turier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire de « roulage et le voiturier. » Le voiturier peut dire : Je me suis bien engagé envers l'expéditeur ou son commissionnaire à remettre ma charge à Jacques, destinataire ou propriétaire dénommé. Mais, dès que je n'ai pas contracté avec Jacques, Jacques n'a pu m'imposer d'obligation envers qui que ce soit. C'est donc à lui de me payer et de me donner décharge; *personam contrahentium non egrediuntur contractus.*

Si l'on s'en tient au pur texte de la loi, il n'y a rien à répondre. Mais ce n'est pas ainsi que doit être entendu l'art. 101. Il faut l'entendre en ce sens que le contrat formé, *v. g.*, entre l'expéditeur et le voiturier, oblige celui-ci envers le destinataire, et le destinataire envers lui, « attendu, dit la Cour de cassation, dans un arrêt du « 8 juillet 1814 (Sirey, 15, 1, 15), que l'action du con- « signataire des marchandises contre l'expéditeur est « l'action du mandat (1); que le commissionnaire ou voi- « turier est *le mandataire subrogé de l'expéditeur* (2);

(1) Alors même que l'expéditeur est *vendeur*, car telle était l'espèce.

(2) C'est bien cela, et cela prouve bien que la Cour de cassation avait une parfaite intelligence de l'esprit et du sens de la loi. Notr

« que dès lors le propriétaire des marchandises a contre « le commissionnaire (*ou le voiturier*) la même action que « contre l'expéditeur. » Dans cette espèce il s'agissait de compétence. Mais qu'importe ? *idem juris est*, car l'arrêt de la Cour suprême est un arrêt de principe. Lors donc que la chose est vendue en voyage sur lettre de voiture et facture endossée ou au porteur, le voiturier est, à vrai dire, un *tiré accepteur* qui a la provision sur sa voiture. Par conséquent aussi, *là où est la bonne* (1) *lettre de voiture, là est la marchandise*, comme là où est le connaissement qui doit être déchargé, là est le chargé.

47. — Nous avons traité, t. 1, n° 160, t. 2, n° 151, de la tradition commerciale par la remise ou la négociation de la simple facture d'une marchandise qui se trouve *au loin* sans voyager; et l'on a vu que, si cette tradition a été reçue *servatis servandis*, elle a, par rapport aux tiers et aux ayants-cause, absolument le même effet que la tradition de la chose en voyage, opérée par les moyens indiqués dans le deuxième alinéa de l'art. 576.

48.— *Jure veteri*, cette doctrine avait ses partisans et ses adversaires. Au nombre de ceux-ci était M. Merlin (v° *Tradition*, n° 1). Ce célèbre jurisconsulte avait publié, dans l'ancien *Répertoire universel de jurisprudence* à la rédaction duquel il concourait, une longue et savante dissertation sur l'espèce suivante :

« Un négociant de Paris a des marchandises en dépôt « à Marseille. Il les vend à Paris même, et, pour consta-

explication de l'art. 100 (t. 4, n°s 127, 135), n'est que le développement du principe énoncé par la Cour suprême.

(1) Dans la faillite du vendeur, la *bonne* lettre de voiture est celle que l'expéditeur *signe*.

« ter la vente qu'il en fait, il remet à l'acheteur une fac-
« ture au bas de laquelle il écrit ces mots : *pour ac-*
« *quit*, et signe. L'acheteur vient à faillir. Les créanciers
« de celui-ci pourront-ils s'emparer des marchandises
« encore déposées à Marseille, ou le vendeur pourra-t-il
« les revendiquer comme étant sa propriété » (1) ?

La question ainsi posée, M. Merlin la résout contre les créanciers. Suivant lui, la facture acquittée et remise ne suffisait pas. Il aurait fallu une appréhension matérielle; puis il ajoute : « Il faut aussi conclure de là que, tandis « que la chose vendue n'a pas été livrée, les créanciers « du vendeur peuvent la faire saisir, quand même l'ache- « teur en aurait payé le prix. »

Dans ses annotations sur son ancien travail, l'auteur se borne à dire : « Aujourd'hui la tradition n'est plus né- « cessaire pour transférer la propriété ; » et la seule preuve qu'il en donne, c'est la citation textuelle de l'art. 1583 du Code civil. « Cependant continue-t-il,... si la chose « vendue était un effet mobilier, celui des deux acqué- « reurs à qui la tradition aurait été faite le premier, au- « rait la préférence sur l'autre. »

De tout cela il résulte que, sauf ce cas exceptionnel, *jure novo*, le négociant qui achète à Paris des marchandises déposées à Marseille, en est incommutablement approprié contre les ayants-cause et les créanciers du vendeur, non-seulement par la remise d'une facture, mais même par le seul accord sur la chose et le prix, de quelque manière que cet accord soit constaté.

Le nouveau *Répertoire* et l'ancien ont enseigné chacun une erreur différente, mais également grave :

(1) M. Merlin supposait sans doute un vendeur ayant donné son *acquit*, sans être payé. Autrement on ne comprendrait pas sa prétention de revendiquer.

Le nouveau *Répertoire*, car l'incompatibilité de la transmission *solo consensu* avec les lois commerciales sur la revendication prouve évidemment que l'art. 1583 du Code civil ne régit pas le commerce (V. t. 4, n°s 12-14);

L'ancien *Répertoire*, car, bien avant le Code civil, Valin, dont la compétence est indéclinable en cette matière, attestait et invoquait l'usage suivant lequel, *pour l'avantage et la circulation du commerce*, si la tradition ne peut être matériellement faite au moment du contrat, le porteur d'une facture qu'il a reçue sans fraude, est valablement saisi de la propriété envers les créanciers du vendeur et ses ayants-cause (1). Pourquoi cela? C'est que du temps de Valin et bien antérieurement, la coutume commerciale avait imprimé à la facture ainsi délivrée, la même vertu que l'art. 281 du Code de commerce attribue au connaissement, celle de représenter la marchandise qui ne peut être présentement délivrée, vu son grand éloignement. Telle était l'hypothèse examinée par M. Merlin. 1,600 kilomètres à parcourir, retour compris, n'exigent pas un simple déplacement; il faut voyager. C'est donc comme si la chose eût été vendue voyageant. Qu'importe, en effet, que la chose voyage vers l'acheteur, ou l'acheteur vers la chose?

Mais, de ce que la facture suffit dans l'espèce, il ne suit pas, comme M. Merlin paraît le croire, que la propriété soit transmise *solo consensu*. En général, la facture *acceptée* ne constate que la vente et l'achat; c'est son effet normal. La facture *acceptée* de la chose qui se trouve au loin sans voyager, est la chose même; c'est son effet fictif; et cette fiction est une exception confirma-

(1) Valin, liv. 2, tit. 10, art. 3. — V. aussi notre t. 3, n° 250.

tive du principe d'après lequel, dans le commerce, la propriété ne se transmet que par la tradition.

49. — Au surplus, nous le disons de nouveau, cette prérogative n'est accordée par l'usage à la facture, qu'aux conditions indiquées t. 1, n° 161. Quand l'une de ces conditions manque, *v. g.*, si la facture n'est pas régulièrement portée sur les livres, la fiction s'évanouit à l'égard des créanciers. Il reste à savoir s'il en doit être de même à l'égard d'un second acheteur qui aurait reçu la délivrance.

Si, m'ayant vendu à Paris, sur simple facture, sa chose déposée chez Jacques à Marseille, Salomon part sur-le-champ et délivre la chose à Jonathas, deuxième acheteur de bonne foi, que j'aie payé ou non, Jonathas me sera préféré. Pourquoi cette différence entre la vente sur facture seulement et la vente sur facture et connaissement, ou sur facture et lettre de voiture? La raison en est évidente : dans les deux derniers cas, le vendeur n'obtient la chose et ne peut l'obtenir du voiturier ou du capitaine qu'au moyen d'une escroquerie équivalant au vol quant aux effets civils (V. *sup.*, n° 44). Mais, pour retirer le dépôt, nul besoin qu'il usurpe *une fausse qualité;* eût-il vendu vingt fois, il serait toujours *le déposant.* Jacques, de son côté, ne doit rendre la chose qu'à Salomon qui la lui a déposée, ou à quelqu'un désigné par Salomon (1), sans pouvoir lui demander la preuve qu'il était propriétaire lors du dépôt, bien moins encore qu'il n'a pas cessé de l'être (2). Ainsi, la position de Salomon

(1) Comme si Salomon, au lieu de se rendre à Marseille, eût écrit à Jacques de remettre les sucres à Jonathas.

(2) Art. 1937 et 1938 du Code civil, répétition littérale de ce qui est enseigné par Pothier d'après le droit romain, dans son *Contrat de dépôt*, n°s 48-50.

est la position de tout vendeur qui a vendu deux fois la même chose, bien qu'un seul des acheteurs puisse en être livré matériellement. Celui-ci reste seul propriétaire; l'autre n'a qu'une action en dommages et intérêts contre le vendeur malhonnête homme.

2° Du transfert en douane.

SOMMAIRE.

50. L'établissement des douanes n'est pas seulement une ressource financière, mais aussi une institution protectrice du commerce; pour atteindre ce but, deux voies fondamentales : la prohibition absolue de certaines denrées et marchandises étrangères, l'assujettissement de certaines autres à des droits plus ou moins élevés.
51. En général, rien de permanent dans la législation douanière, surtout dans les tarifs; mais, au milieu de ces variations continuelles, un principe subsiste invariable : frapper exclusivement des marchandises étrangères qui, livrées franches de droits à la consommation intérieure, feraient une concurrence nuisible à nos produits industriels ou agricoles, et ne pas étendre, au delà d'une stricte nécessité, les rectrictions commerciales; de là l'entrepôt et le transit.
52. Utilité de l'entrepôt; il est de deux sortes : définition de l'entrepôt réel, définition de l'entrepôt fictif.
53. Les deux entrepôts sont chacun une fiction : la marchandise n'est pas réputée en France, on la considère comme étant encore au lieu d'où elle est venue; il s'ensuit que, sans blesser le principe de la non-rétroactivité des lois, les droits peuvent être augmentés ou diminués.
54. Quelles marchandises doivent ou peuvent être entreposées; avantages qui en résultent pour le commerce.
55. Une marchandise en entrepôt peut être vendue; comment la chose est livrée; quels sont les effets de la vente et

de la tradition par rapport aux parties, à la douane, aux tiers?

56. D'abord, dans toute vente de marchandises en entrepôt réel ou fictif lors du contrat, les droits font partie du prix : tel est l'usage auquel une convention contraire peut seule déroger.

57. La vente peut se faire de trois manières : en vendant *à la consommation*, en vendant *en entrepôt*, en vendant à la consommation, *mais avec option pour l'acheteur de recevoir en entrepôt.*

58. Ce que signifie vendre *à la consommation;* qui paye les droits; comment se fait la délivrance.

59. De la vente *en entrepôt;* elle est contractée sous la condition tacite *si la marchandise peut être délivrée équivalemment;* nul autre moyen possible de livrer que de substituer l'acheteur au vendeur; cette substitution est une faculté, mais non une obligation pour la douane; comment elle se fait; ce qu'on appelle *transfert* en douane, son effet.

60. Vente à la consommation, mais *permis à l'acheteur de recevoir à l'entrepôt, sous la déduction des droits,* ou *vente à l'acquitté avec faculté d'entrepôt;* cette vente est conditionnelle; dès que le cessionnaire a notifié son choix, c'est comme si l'alternative n'avait jamais existé; par suite, selon qu'il opte pour la consommation ou l'entrepôt, la vente est régie par les principes exposés n° 58 et n° 59.

61. Difficultés que peut soulever la réserve d'option : les droits peuvent augmenter, diminuer ou même être supprimés depuis le contrat; à qui la perte ou le profit de l'augmentation ou de la diminution.

62. Espèce d'une marchandise en entrepôt vendue livrable à la consommation, mais avec faculté de recevoir à l'entrepôt sous la déduction des droits; l'acheteur fait mettre partie aux droits et reçoit partie à l'entrepôt; puis survient une ordonnance qui réduit les droits de 50 p. 100 à partir d'une époque antérieure au contrat; question de savoir si le vendeur peut réclamer le montant de la diminution dans l'un et l'autre cas.

63. Distinction faite par le tribunal de Marseille; solution contraire de la Cour d'Aix ; bien jugé du dispositif du jugement consulaire ; espèce jugée par la Cour de Rennes, et dans laquelle il s'agissait d'une vente *à l'acquitté avec faculté d'entrepôt,* se compliquant d'un mandat donné par l'acheteur au vendeur, pour payer les droits, dans le cas où l'acheteur mettrait à la consommation.

64. La vente à la consommation implique un pacte aléatoire, mais par rapport au vendeur seulement; en quoi consiste l'*alea;* si le vendeur vend à un prix indiqué, les droits compris, une vente existe; s'il vend à un prix déterminé, plus les droits, ou moins les droits, pas de vente, mais une autre convention; d'où provient cette différence; la délivrance faite, toute *alea* cesse; plus d'augmentation possible de droits, mais diminution seulement, et le vendeur seul en profite.

65. Résumé de ce qui précède en un seul principe, et démonstration du principe.

66. Quels sont les effets du transfert par rapport à la douane; en principe, dès que la marchandise a atterri en France, les droits sont dus; l'entrepôt déroge à ce principe; les droits sont dus conditionnellement; la douane a pour débiteur l'entrepositaire, et, par le fait de l'entrepôt, il se forme entre lui et elle un contrat de nantissement.

67. Mais, dès que le receveur de la douane a inscrit la marchandise au compte du cessionnaire, un nouveau débiteur est substitué à l'ancien : par rapport à la douane, l'effet du transfert est une novation; erreur de la Cour d'Aix, lorsqu'elle dit que l'acheteur en entrepôt paye les droits *comme représentant le vendeur;* espèce où le vendeur prétend avoir la bonification accordée à l'acheteur pour prompt payement des droits; jugement du tribunal de Marseille et observation.

68. Autre espèce : la vente étant faite à la consommation avec faculté de recevoir, etc., le vendeur stipule le prix payable à terme ou comptant sous escompte; l'acheteur opte pour l'entrepôt et renonce au terme; mais, en payant comptant, peut-il prélever l'escompte sur le prix de consommation, c'est-à-dire porté au contrat? Jugement du tribunal

de Marseille, et critique d'une de ses raisons de décider ; pourquoi les droits étant compris dans le prix conventionnel, l'acheteur n'en peut prélever l'escompte ; la déduction des droits donne lieu à une réfaction du prix, à un prix nouveau qui seul est escomptable.

69. Quels sont les effets du transfert par rapport aux tiers et aux ayants-cause? La marchandise en entrepôt réel ou fictif est-elle revendicable? Renvoi au chapitre *De la Revendication*, tome 6ᵉ.

70. Du *transit* et ce qu'on appelle ainsi ; une marchandise en transit peut-elle être vendue, et comment la délivrance en est faite ; l'effet du transfert par rapport aux tiers est le même que celui du transfert en entrepôt maritime réel ou fictif ; mais une différence existe par rapport à la douane ; avantages sociaux et commerciaux du transit.

71. Comment sont perçus les droits sur la marchandise entreposée ; déclaration que doit faire l'entrepositaire ; vérification de l'administration ; du cas où la marchandise tarifée à la valeur est déclarée au-dessous de sa valeur.

72. Du compte ouvert en douane à l'entrepositaire et que comprend ce compte ; comment on le décharge ; modèle de ce compte.

73. Des déclarations à faire pour entreposer fictivement une marchandise ; de la vérification et du compte tenu ; comment les droits sont perçus.

74. Que peut comprendre la décharge du compte, lorsque les marchandises sont prohibées.

75. Du droit de préemption ; en quoi il consiste ; son objet ; en quel cas, à quelle époque il peut être exercé.

76. De quelle manière est fait le transport de la marchandise en entrepôt réel.

77. De quelle manière en entrepôt fictif.

78. Ce que doit faire l'acheteur qui veut garder lui-même la marchandise en entrepôt fictif.

79. Des formalités à remplir pour expédier par suite ou continuation d'entrepôt d'un port à un autre.

80. Du transit par voie de terre ; obligations de l'expéditeur avant, pendant, après le voyage ; objet de l'acquit-à-cau-

50. — Certaines institutions financières n'ont pas d'autre fin que de procurer au trésor des ressources dont il a besoin, et, sous ce rapport, l'établissement des douanes lui est aussi d'un grand secours. Mais ce n'est pas sa seule utilité; ce n'est même là qu'une utilité secondaire, ou plutôt, c'est le moyen de procurer au pays une plus grande utilité. Loin que la douane soit instituée pour entraver les opérations du négoce, son principal objet est de les protéger. C'est, en quelque sorte, un puissant associé ; en outre, un contre-poids toujours prêt, et qui, mis à propos dans la balance du commerce international, la fait pencher en notre faveur, ou, tout au moins, la tient égale entre nous et les autres nations commerçantes. Si, dans l'état actuel du commerce des deux mondes, les produits étrangers étaient traités en France à l'égal des nôtres, s'ils y jouissaient de la même liberté de circulation avec les mêmes immunités, l'immanquable résultat d'un pareil système serait d'appauvrir le sol national, d'anéantir nos fabriques et de briser aux mains de l'ouvrier l'instrument de sa subsistance (1) ! Rien n'exige donc davantage la

(1) On peut voir, au *Moniteur* de l'époque, de brillants discours prononcés dans la discussion de la loi du 2 juillet 1836 sur le fait des douanes, les uns pour le système de *protection* ou de *prohibition*, les autres, pour le système de *la liberté commerciale* que les anciens économistes exprimaient par ces mots : laissez entrer, laissez sortir. *Là, pour nous enchanter, tout* fut *mis en usage*. M. de Lamartine soutint, avec son admirable éloquence, que l'effet du dernier système (la liberté) serait l'union intime des intérêts divers des divers peu-

constante sollicitude du gouvernement; car les temps sont passés où la guerre et les conquêtes décidaient seules de la supériorité d'un empire. Ce qui en décide aujourd'hui, plus que toute autre chose, c'est le bonheur du peuple, et ce bonheur lui-même, essentiellement lié à la prospérité de l'industrie et des arts, enfants du commerce, ne l'est pas moins essentiellement à la prospérité de l'agriculture, qui est aussi une grande manufacture.

Pour atteindre ce but, deux voies fondamentales: la prohibition absolue de certaines denrées et marchandises étrangères, et l'assujettissement de certaines autres, même de certaines provenances de nos propres colonies, à des droits d'entrée plus ou moins élevés. Depuis longtemps, cette prohibition et ces droits sont, à bien dire, les seuls points fixes de la législation douanière. En tous autres points et particulièrement dans les tarifs, rien de permanent, parce que l'infinie variété des intérêts qu'elle protége, et leur extrême mobilité, font subir à cette législation la nécessité de changer ou de se modifier en raison des changements ou des modifications qui surviennent fréquemment, et souvent à l'improviste, dans nos rapports commerciaux et diplomatiques sous toutes les latitudes.

51. — Mais, au milieu de ces variations incessantes, subsiste un principe qui ne varie jamais: c'est que les droits imposés sur des marchandises étrangères ne doivent frapper que celles qui, livrées sans cet impôt à la consommation intérieure, élèveraient une concurrence nuisible à nos produits industriels ou agricoles; et c'est

ples, et par suite, la paix universelle, qui ne pourrait plus jamais être troublée. *Faxit Deus!* mais n'y comptons pas trop, et surtout n'y comptons pas de sitôt.

aussi sur ce double intérêt que se mesurent les prohibitions. Étendre au delà d'une stricte nécessité les restrictions commerciales, serait une faute et une injustice : une injustice, car *la mission du commerce est de pourvoir aux besoins de la société universelle des hommes* (1) ; une faute, parce que, en général, le négociant français qui revend à l'étranger des produits étrangers, enrichit son pays en même temps qu'il s'enrichit lui-même. Il fallait donc favoriser ce commerce et le faciliter. De là l'entrepôt et le transit.

52. — Quand je fais venir de Porto-Rico à Nantes 300 barriques de sucre par mon trois-mâts le *Nestor*, dont la navigation donne des marins à l'État et nourrit vingt familles, c'est dans l'espoir de placer avantageusement hors de l'empire une partie ou la totalité de ces sucres, vu leur affranchissement de tous droits à la réexportation, ou de les revendre en France avec profit, nonobstant le tribut que la loi leur impose. Mais cet espoir étant fondé sur le calcul et la combinaison de certaines probabilités qu'il me semble entrevoir dans l'avenir, un délai m'est nécessaire pour en attendre la réalisation, et, en attendant, j'ai besoin d'un lieu d'asile où je sois libre de laisser la chose et les droits *in statu pendenti* durant un temps déterminé, mais plus ou moins long.

Ce lieu d'asile, c'est l'entrepôt, et l'entrepôt est réel ou fictif.

L'entrepôt *réel* est ainsi nommé, parce que la marchandise est réellement et continuellement sous la seule clef de la douane.

L'entrepôt *fictif* est fictif en ce que la marchandise est

(1) Disc. prélimin. du Code civ.

censée dans les magasins et sous la clef de l'administration, tandis que, en réalité, elle est sous la seule clef et dans les propres magasins du propriétaire ou du consignataire.

53. — Mais les deux entrepôts sont également une fiction en ce sens que la marchandise n'y est pas réputée en France. On la considère comme étant encore au lieu d'où on l'a importée. C'est ainsi que, sans blesser le principe de la non-rétroactivité des lois, la loi ou l'ordonnance peut augmenter ou diminuer les droits, tant que la marchandise est dans l'entrepôt réel ou fictif, et les diminuer lorsqu'elle n'y est plus, en remontant à une époque où elle y était encore ; et, comme l'entrepôt est une faveur, l'effet de la fiction, quel qu'il soit, n'a jamais rien de contraire à l'équité.

54. — Toutes sortes de marchandises peuvent être déclarées pour l'entrepôt réel. Mais il est indispensable d'y mettre celles dont l'introduction est prohibée, et celles encore qui, venant de possessions étrangères à la France, peuvent y être introduites moyennant certains droits. Les provenances de nos colonies sont les seules à l'égard desquelles il soit facultatif de les placer en entrepôt réel, ou de les retenir en entrepôt fictif (1). Le *Nestor* arrivé, j'ai donc dû déclarer mes sucres pour l'entrepôt réel (2). Cela

(1) Cependant certaines marchandises venant de l'étranger peuvent, en cas d'insuffisance des magasins de l'entrepôt réel, être entreposées dans des magasins particuliers, agréés par la douane, et ayant deux clefs dont l'une aux mains de la régie. Ces marchandises sont traitées comme un entrepôt réel. Mais l'entrepositaire est tenu de fournir caution.

(2) Je pouvais aussi, en acquittant les droits sur-le-champ, livrer immédiatement mes sucres à la circulation commerciale.

fait, et les autres formalités accomplies (1), libre à moi de réexporter, en payant un tribut minime (2), de mettre à la consommation, en acquittant les droits, ou d'envoyer ma marchandise dans un autre lieu, jouissant aussi d'un entrepôt (réel) (3).

On voit combien cette triple faculté est avantageuse au commerce. D'une part, le négociant a le choix du moment (4) qui lui convient pour livrer ses marchandises à la consommation intérieure, ou les destiner à des spéculations lointaines. D'un autre côté, s'il veut réexporter, et qu'un autre point de départ lui semble plus favorable, ou bien encore, s'il a l'espoir de mieux vendre ailleurs à la consommation, il peut, sans payement préalable des droits, diriger, *par continuation d'entrepôt,* ses marchandises sur un autre entrepôt.

55. — Mais, au lieu de mettre à la consommation ou de réexporter, et même après avoir partiellement réexporté ou partiellement mis à la consommation, je puis

(1) Pour ce qui concerne les déclarations à faire et les autres formalités à remplir en douane, selon les divers cas où peut se trouver l'entrepositaire, voyez *infrà,* n°s 71 et suiv.

(2) 15 centimes par 100 fr. de valeur, ou 25 centimes par 100 kilog. brut, au choix de l'expéditeur. C'est ce qu'on appelle le *droit de balance du commerce*. Ce droit est établi pour subvenir aux frais de confection des tableaux d'importation ou d'exportation.

(3) Tout cela peut se faire pour la totalité de la marchandise ou partiellement, et même par parties successivement retirées de l'entrepôt.

(4) Le délai d'entrepôt réel est de trois ans, et de un an pour l'entrepôt fictif.

Mais ces délais ne sont guère que nominaux. On obtient facilement des prolongations sur une demande adressée au directeur local, et envoyée en double à l'inspecteur. Ces prolongations expirées, on en obtient d'autres.

vendre ma spéculation en l'état où elle se trouve, et telle est la vente dont il s'agit ici. Or, vendre, c'est s'obliger à livrer. Il faut donc savoir comment pourront être livrés des sucres qui, par la fiction de la loi, sont encore à Porto-Rico, et quels seront les effets tant de la vente que de la tradition, par rapport aux parties, à la douane et aux tiers.

56. — D'abord, il est de principe que, dans toute vente de marchandises qui sont, lors du contrat, en entrepôt réel ou fictif, les droits font partie de la valeur, par conséquent du prix (V. t. 1, n°s 49, 50). Tel est aussi l'usage. Une convention expresse pourrait seule y déroger. Mais alors, pas de vente; ce serait un autre contrat (V. *infrà*, n° 64).

57.— Cela posé, si je veux traiter de mes sucres avec Jacques, nous ne pouvons guère contracter que de l'une de ces trois manières: ou Jacques achète *à la consommation*, ou il achète *en entrepôt*, ou il stipule (et cette stipulation est la plus ordinaire) que je vends à la consommation, mais qu'il aura *l'option de recevoir à l'entrepôt*, pendant un temps déterminé.

58. — Si j'ai vendu à la consommation, je mets aux droits (1), puis je paye les droits (2), préliminaire indispensable pour pouvoir déplacer la chose, et je la délivre

(1) *Mettre aux droits*, c'est faire à la douane une déclaration pour la consommation.

(2) Soit au comptant sous l'escompte accordé par la douane d'un tiers p. 100 par mois, sur quatre mois (4 p. 100 par an), soit en mes obligations à quatre mois, motivées et cautionnées.

Pour avoir droit à l'escompte ou au terme, il faut que la déclara-

à l'acheteur réellement acquittée; mon compte en douane (1) est déchargé définitivement; et, selon que j'ai vendu au comptant ou à terme, Jacques me compte ou me règle le prix, droits compris. Désormais la marchandise peut circuler librement, et, dans cette première hypothèse, nuls rapports présents ni futurs de l'acheteur avec la régie. C'est ce qu'on appelle à Nantes *vendre à l'acquitté.*

59. — Jacques a-t-il acheté *en entrepôt*, c'est un mode d'achat qui pourra le rendre personnellement comptable envers la douane. Mais il ne l'est pas encore, car l'achat est contracté sous la condition suspensive *si les sucres peuvent être délivrés équivalemment*. Nous ne pouvons pas songer à leur tradition effective; je ne puis en approcher que pour leur donner des soins, et l'on ne peut les déplacer sans en acquitter les droits, si ce n'est pour les réexporter, ce que l'acheteur n'entend pas faire en ce moment. La délivrance (*trans-datio*) en est donc impossible, et le contrat inexécutable, si je n'ai pas la possibilité de les délivrer par équipollence, *aliquid quod tantùmdem possit.* Le moyen, le seul moyen, c'est que l'acheteur soit mis en mon lieu et place, c'est-à-dire, dans la position où je suis moi-même relativement à la chose et à l'administration. Or, celle-ci a la marchandise sous sa clef, l'entrepositaire pour débiteur éventuel des droits, et

tion, ou plusieurs déclarations du même jour cumulées, donnent lieu à une perception de 600 fr. au moins.

Si l'on paye en obligations à quatre mois, le receveur principal perçoit un tiers p. 100 sur le montant des obligations. C'est le déclarant qui paye ce tiers p. 100, au moyen dequoi le receveur principal est garant envers le trésor.

(1) V. n° 73, de quelle espèce est ce compte, et comment il est tenu.

l'on ne saurait la forcer de changer son redevable. Rien ne peut donc être fait, qu'elle n'ait agréé la substitution (V. *infrà*, n° 66); et, comme elle n'est pas plus astreinte à s'y prêter qu'à s'y refuser (1), ce sera de sa part une simple faculté. Voudra-t-elle y consentir, ou ne le voudra-t-elle pas ? C'est le fait incertain et futur qui rend la vente conditionnelle. En attendant, la chose est à mes risques, fût-elle un corps certain (*v. g.* une mécanique complète et montée), et je reste comptable envers la régie, qui ne connaît pas Jacques.

Mais, à moins d'un obstacle formel (2) ou de motifs graves (3), son usage est d'accepter ces sortes de substitutions qui favorisent le mouvement des affaires. La mutation se fait au moyen de certaines écritures passées sur le sommier ou grand-livre de la régie, et le résultat propre de ces écritures est ce qu'on appelle le *transfert en*

(1) On est généralement persuadé que la douane est dans l'obligation d'accepter et d'enregistrer les transferts. En droit, c'est une erreur; aucune loi ne le prescrit, aucune loi ne le défend.

Les transferts sont agréés et régularisés en vertu d'instructions données par le directeur général, sous l'autorité du ministre des finances. C'est une mesure d'administration intérieure. Entre autres circulaires émises à cet égard, il en est une du 1er mars 1832. Nous n'avons pu jusqu'à présent nous en procurer une copie; mais il n'en est pas besoin pour savoir que des instructions purement administratives peuvent toujours être modifiées, et même révoquées, au gré de l'administration.

A la vérité, tant que les circulaires existent, les préposés doivent s'y conformer. Mais la régie et le préposé de la régie sont choses très-différentes. L'une a son libre arbitre; *secùs* de l'autre.

Mais la douane ne peut refuser ni l'entrepôt, ni le transit à aucun commerçant, s'il n'en est pas privé par un arrêté spécial du gouvernement (Lois du 8 floréal an II, et du 2 juillet 1836).

(2) *V. g.*, la faillite de l'acheteur ou du vendeur.

(3) Par exemple, si l'acheteur a été condamné pour fraude en pareille matière.

douane (1). Cette opération terminée, les sucres sont à la disposition de l'acheteur ainsi et de la même manière qu'ils étaient à la mienne ; la délivrance est faite, le propriétaire est changé ; *res est abalienata*. Je déduis le montant des droits du montant de ma facture. Le net du prix m'est payé ou réglé, si je ne l'ai déjà reçu, et le nouvel entrepositaire peut, à son gré, comme je le pouvais moi-même et par les mêmes procédés, se substituer quelqu'un ou réexporter, mettre à la consommation, ou expédier par continuation d'entrepôt.

60. — Reste la troisième hypothèse : j'ai vendu à Jacques, livrable à la consommation, *mais permis à lui de recevoir à l'entrepôt, sous la déduction des droits*. C'est, comme on dit à Nantes, *vendre à l'acquitté avec faculté d'entrepôt*.

L'obligation existe en ce sens que nul de nous ne peut se dédire. Mais la vente est conditionnelle. Jacques voudra-t-il recevoir à l'entrepôt ou se livrer à la consommation? S'il le sait, je l'ignore. Toutefois, ce n'est pas de ce fait que dépend l'obligation réciproque, car l'alternative ne porte point sur le contrat ; il n'y a d'alternatif que le mode d'exécution. Mais peut-être l'option sera-t-elle déclarée pour recevoir à l'entrepôt, et alors l'agrément de la douane est, comme on vient de le voir, un événement futur et incertain d'où dépend, non pas le mode de délivrance, mais, ce qui est bien différent, la délivrance elle-même, sans laquelle le contrat ne peut atteindre sa fin, le changement de propriétaire (V. *suprà*, n° 10). La vente est donc imparfaite, et le risque à mon compte, non-seule-

(1) Quant à la manière dont ces écritures sont passées, V. *infrà*, n° 73.

ment jusqu'à ce que l'acheteur ait consommé l'option ou qu'il soit en demeure, mais encore tant que la douane n'aura pas *accepté et régularisé le transfert.*

Jacques devra donc me notifier, dans le délai convenu, soit de *mettre aux droits* (1), soit de faire un *cédé* ou transfert, selon qu'il optera pour avoir sa marchandise *acquittée* ou entreposée.

S'il laisse passer le délai, à moi de le mettre en demeure, sinon l'alternative subsiste en sa faveur, et je ne cesse pas d'être chargé des risques.

Dès qu'il a notifié son choix, c'est comme si l'alternative n'avait jamais existé. Par conséquent, selon qu'il aura préféré la consommation ou l'entrepôt, le contrat sera régi par les principes exposés *suprà*, n° 58, ou par ceux expliqués n° 59.

61. — Ces principes fort simples sont, en général, d'une application très-facile. Cependant la réserve d'option a donné lieu à de graves difficultés qui pourront souvent se reproduire. Les droits font partie du prix ; ils peuvent augmenter ou diminuer depuis le contrat, et diminuer (2) rétroactivement à une époque antérieure à son exécution (*sup.*, n° 53). Dans ces diverses hypothèses, à la perte ou au profit de qui sera l'augmentation ou la diminution ? La question importe, car on a vu les droits égaler et surpasser la valeur intrinsèque de la marchandise.

62. — Par exemple, le 31 décembre 1845, Salomon

(1) Ou de *payer les droits*, ou de *déclarer pour la consommation*, toutes locutions synonymes.

(2) Ou même être supprimés.

vend à Jacques 600 mètres toile de Hollande, actuellement à l'entrepôt réel, et livrables à la consommation, mais avec faculté de recevoir à l'entrepôt sous la déduction des droits, avant fin de janvier 1846.

Le 30, notification par Jacques qu'il veut recevoir, moitié à la consommation, et moitié à l'entrepôt (1).

En conséquence, Salomon met aux droits pour 300 mètres, et les délivre contre le prix convenu, *droits compris*. Quant au surplus, il déduit les droits du montant de sa facture; le prix *net* lui est payé, puis transfert en douane au profit de Jacques.

Dans le courant de février, Jacques retire de l'entrepôt les 300 mètres qu'il y avait reçus et laissés : il en acquitte les droits, et met à la consommation.

Or, ces droits n'étaient plus les mêmes; une ordonnance royale, bien postérieure au transfert, les avait diminués de 50 p. 100, à partir d'une époque antérieure à la convention.

En cet état des faits, Salomon réclame à la fois le montant de la diminution, et sur les 300 mètres livrés à *l'acquitté*, et sur les 300 autres mètres reçus à l'entrepôt. En d'autres termes, il demande à Jacques l'entière restitution de ce que la douane lui a compté pour la réfaction des droits.

63. — Soumise aux tribunaux, cette double prétention du vendeur a été jugée diversement.

A Marseille une distinction fut admise entre la partie reçue à la consommation, et la partie reçue à l'entrepôt.

(1) A moins de convention contraire, l'acheteur est toujours libre de déterminer lui-même la quantité qu'il entend recevoir à l'entrepôt et à la consommation, *v. g.*, une demie, un tiers, un quart, etc.

Au premier cas, porte un jugement consulaire du 16 avril 1830 (1), le vendeur ayant acquitté les droits, la diminution ne peut profiter qu'à lui seul, *puisque ce n'est que lui que l'administration peut reconnaître pour le remboursement des droits payés.*

Dans le second cas, à l'acheteur le profit de la diminution. Pourquoi? Par la raison inverse que le transfert opéré sous le nom de l'acheteur, a rendu le vendeur *entièrement étranger à l'administration.*

Sur les appels respectifs (car chacun des contendants avait sa prétention exclusive) jugé que, dans les deux cas, au vendeur seul profitait la diminution : « Attendu, dit la « Cour d'Aix (2), que la faculté laissée à l'acheteur « de prendre livraison à *l'entrepôt* n'a été stipulée que « *sous la déduction des droits;* — qu'il résulte de là que « l'acheteur a voulu, dans les deux hypothèses, rester « étranger au payement des droits; — que, s'il les a « payés (3), le payement n'a eu lieu de sa part que « *comme représentant le vendeur*, qui, en vertu du traité, « étant obligé de les payer, même dans le cas de la livrai- « son à l'entrepôt, les avait déjà bonifiés à l'acheteur. » C'est comme si l'on disait : les droits s'incorporent à la chose (4), et font partie du prix (V. *sup.*, n° 56). Cela posé, à qui l'ordonnance a-t-elle entendu subvenir, sinon à celui qui a supporté les droits, tels qu'ils existaient avant ces ordonnances? Or, c'est le vendeur seul qui les a supportés, car il les a réellement payés pour la partie livrée *à la consommation*; et, ce qui n'est pas moins positif, il en a déduit le montant sur celui de sa facture,

(1) *Jurisp. de Mars.*, 13, 2, 134.
(2) Arrêt du 4 août 1830. *Jurisp. de Mars.*, 13, 1, 392.
(3) Sur la partie reçue à l'entrepôt.
(4) V. t. 2, n° 301, *in notis.*

pour la partie reçue *à l'entrepôt*. Si, plus tard, l'acheteur les a payés à la douane, il n'a fait que lui compter le montant de la déduction. En dernier résultat, c'est donc le vendeur qui a tout payé, et c'est à lui seul que doit profiter la diminution. Si l'acheteur en profitait ou en partageait le profit, il aurait eu la chose à moindre prix que le prix convenu, la violation du contrat serait manifeste, et l'injustice évidente.

Cette argumentation très-spécieuse a surpris la grande sagacité de la Cour d'appel.

A la vérité, les motifs du jugement de Marseille en protégeaient mal le dispositif; car, *si l'administration ne peut compter qu'avec son comptable*, faut-il en conclure qu'à lui seul appartient l'excédant restitué? Assurément non. Il n'en reste pas moins à décider si, en recevant la restitution édictée, ce comptable a géré l'affaire d'autrui, ou sa propre affaire.

Mais, à part les motifs qui ne concluent pas, le jugement est irréprochable, et devait être confirmé dans toutes ses dispositions.

Le juge d'appel s'est mépris, et la cause de son erreur, c'est qu'il a tout fait dépendre d'un point de fait dont il n'a pas sainement apprécié les conséquences. *L'acheteur*, s'est demandé la Cour, *a-t-il voulu, dans les deux hypothèses, demeurer étranger au payement des droits?* Hé! oui, sans doute, il l'a voulu (les droits calculés sur le tarif de l'époque), puisque le vendeur lui-même en a payé une partie, et que, pour l'autre partie, en en déduisant le montant du prix de sa facture, il laissait aux mains de l'acheteur une somme égale à leur importance. Ainsi le vendeur seul a tout payé. Donc, a dit la Cour d'Aix, à lui seul le profit. Mais là n'était pas le nœud de la difficulté; il fallait aller plus loin, et se demander : la réception à l'en-

trepôt, sous la déduction des droits tels qu'ils se trouvent fixés le jour du contrat ou plutôt de la délivrance, implique-t-elle, oui ou non, un pacte à forfait sur le payement des droits, pour le cas où l'acheteur mettrait à la consommation? *Hæc erat summa rei;* tout dépendait de là. Or, il suffit d'analyser le fait pour voir clairement qu'il intervient en ceci une convention aléatoire : au lieu de payer les droits à la douane, le vendeur laisse à l'acheteur, par déduction sur le prix, ce qu'il faut pour les payer selon le tarif actuel, s'il lui convient plus tard de mettre à la consommation. Il y a donc, des deux parts, abonnement au tarif actuel, et vient ensuite le transfert opérant l'aliénation. Dès cet instant, l'exécution est parfaite. *Quidquid evenerit*, tout est consommé sans retour. L'acheteur voudra-t-il réexporter ou mettre à la consommation? A lui seul d'en décider. Les droits seront-ils augmentés? seront-ils diminués? resteront-ils les mêmes? C'est le fait triple et incertain d'où dépend la perte ou le profit, ou la négociation de tout profit et de toute perte. Au premier cas, le vendeur aura gagné; au cas inverse, il perdra. Si les droits augmentent, la chose en sera d'autant détériorée dans sa valeur. Or, cette détérioration est étrangère au vendeur que la chose ne regarde plus; l'acheteur devra seul la supporter. Mais, puisque l'augmentation le grève, il est conséquent que la diminution lui profite.

Cette règle de droit naturel a reçu son application dans une affaire importante dont voici l'espèce :

Le 9 septembre 1813, convention par entremise de courtier, conçue en ces termes : « Acheté de MM. Michel « de la Brosse, oncle et neveu, pour compte de M. Pey- « russet, la quantité de 5,000 kilog. café Rio, en sacs, « venant par le navire *le Bacchus*, pareil à l'échantillon « en mes mains, au prix de 7 fr. 50 c. le kilog., quittes de

« tous droits, payables dans trois mois, avec option d'es-« compte à 1/2 p. 100 par mois; terme à partir dans « quinze jours... Les vendeurs se chargent de payer les « droits, et l'acheteur, lorsqu'il voudra retirer les cafés « de l'entrepôt, en préviendra huit jours d'avance, en « tenant compte des droits au comptant. »

Le 8 octobre suivant, règlement entre les parties. Le prix total s'élève à 37,406 fr. 25 c. Les vendeurs reçoivent 15,476 fr. 65 c., à la déduction de 561 fr. 09 c. pour escompte. Une somme de 21,929 fr. 75 c. représentant les droits est laissée en réserve pour être payée lorsque l'acheteur voudrait faire sortir la marchandise de l'entrepôt (*fictif*). Les cafés furent pesés, livrés, même transportés dans les magasins du sieur Peyrusset, mais par continuation d'entrepôt. Ils y étaient encore, lorsque survint une ordonnance du lieutenant général du royaume, qui régla les droits sur les cafés à 60 c. par kilogramme.

Les sieurs de la Brosse ayant payé les droits selon le nouveau tarif, prétendirent que la différence (1) leur était acquise; et, comme le sieur Peyrusset refusait de leur en tenir compte, ils le font citer devant le tribunal de commerce de Nantes, qui les déboute. Appel de leur part, et, le 28 octobre 1815, arrêt confirmatif.

Nous n'adhérons pas à toutes les considérations sur lesquelles repose cet arrêt très-longuement motivé (2) ; mais il en est une évidemment décisive : « Considérant, dit la « Cour d'appel de Rennes, que, si le prix de vente fut « stipulé quitte de tous droits, il fut en même temps con-« venu, ce qui est indivisible, que l'acheteur ne pourrait « retirer les cafés de l'entrepôt (3) qu'en prévenant les

(1) Près de 22,000 fr.

(2) Il emporterait, pour le moins, trois pages de notre impression.

(3) Les mettre à la consommation.

« vendeurs huit jours d'avance, et en leur tenant compte « des droits au comptant; que cette stipulation mettait « évidemment à la charge de l'acheteur les droits de « douane, quels qu'ils fussent; que, si ces droits étaient « à la charge de l'acheteur, ce qui est incontestable, il en « résulte qu'il courait les risques d'une augmentation; « que, dans cette lutte entre deux parties dont l'une *certat* » *de damno vitando*, il faut en revenir aux vrais principes « de justice qui, chargeant l'acheteur de tous les risques, « lui attribuent, par réciprocité, les chances favorables; « *res accrescit sicut et perit domino.* »

On voit que la Cour de Rennes a saisi le vrai point de la difficulté; *acu rem tetigit.* Son argument est sans réplique; c'est le droit qui parle sous l'inspiration de l'équité naturelle: *Secundùm naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.* L. 10, *De div. reg. jur.*

Au fait, l'argumentation des appelants reposait sur une équivoque que ne pouvait voiler entièrement tout l'art de la défense. L'on aura beau stipuler qu'on vend à la consommation, à l'acquitté, *quitte de tous droits*, et autres locutions semblables; ne prend pas les droits à son compte, qui ne s'oblige à les payer qu'à la condition d'en être remboursé intégralement, à quelque taux qu'ils s'élèvent dans un avenir inconnu. C'est une avance qu'il promet.

En résultat, le sieur Peyrusset avait acheté à l'acquitté, *permis à lui de recevoir en entrepôt* (ce qui eut lieu), et donné mandat aux vendeurs de payer les droits en son acquit, s'il venait à déclarer pour la consommation (ce qui eut encore lieu). C'est donc le sieur Peyrusset qui a payé les droits; *qui mandat, ipse fecisse videtur.* Voilà, en droit, ce que la Cour de Rennes aurait dû dire.

L'arrêt de la Cour d'Aix, contre le cessionnaire, en tant qu'il avait opté pour recevoir à l'entrepôt, a son fondement dans une équivoque d'une autre espèce. Lorsqu'on dit que l'acheteur veut *rester étranger* au payement des droits, il faut l'entendre des droits tels qu'ils sont fixés lors du contrat; et, de fait, il y reste étranger, puisqu'on en déduit le montant du prix de la facture. Mais, quant aux variations contingentes, alors même que leur effet rétroagirait au contrat, ou au delà du contrat, il les prend à son compte avec la chance d'y gagner ou d'y perdre, selon que le tarif viendrait en baisse ou en hausse.

64. — La vente à la consommation implique aussi, mais par rapport au vendeur seulement, un pacte aléatoire sur les droits, pour tout le temps qui s'écoule entre la convention et l'exécution. Au vendeur l'obligation de délivrer, et par suite, d'acquitter les droits dont le payement sera nécessité par la délivrance. Si donc ces droits augmentent (la chose non encore délivrée), il supporte l'augmentation; s'ils diminuent, la diminution lui profite. On vient d'en voir la raison en équité; la raison, en droit, c'est que *les droits font partie du prix* (V. *suprà*, n° 56), et ce principe est lui-même une conséquence du principe qu'*il faut que le prix soit certain* (V. t. 4, n°ˢ 75 et suiv., n°ˢ 190 et suiv.)

Si je vends à la consommation, livrables dans un mois, 200 sacs salpêtre brut de l'Inde, à raison de 150 fr. les 50 kilog. (les droits étant ce jour de 1 fr. par kilog.), l'*alea* ne concerne que moi. Relativement à l'acheteur, qui achète *à prix ferme*, le prix est certain, et cela suffit pour que la vente existe comme vente.

Lorsque, au contraire, je vends à raison de 100 fr. les 50 kilog., *plus les droits*, ou à raison de 200 fr., *moins*

les droits, comme il est incertain si les droits seront augmentés, diminués ou supprimés, ou s'ils resteront stationnaires, le prix n'est certain pour aucun des contractants, ni partiellement, ni en totalité. L'un ne sait pas ce qu'il devra, l'autre ce qui lui sera dû; il faut donc que les droits entrent dans le prix. Sans cela, point de vente proprement dite; ce serait un autre contrat, un contrat aléatoire *utrinquè*.

Mais, la délivrance opérée, toute *alea* cesse. Le payement des droits ayant *francisé* la chose, aucune augmentation ne peut plus l'atteindre, partant, plus de risque : la diminution seule est possible (V. *suprà*, n° 64). Qui en aurait le profit? toujours le vendeur. Pourquoi? toujours par le motif qu'il a seul payé l'impôt, et qu'il l'eût payé seul, quel qu'en eût été le surcroît intermédiaire; *ubi onus, ibi emolumentum*. Sur quel titre l'acheteur pourrait-il se fonder? Ayant acheté à prix ferme, et ne pouvant pas perdre, il est sans droit à profiter.

65. — Résumons tout en un seul principe : l'augmentation ou la diminution des droits, à quelque époque qu'elle arrive ou remonte, nuit ou profite à l'acheteur à l'exclusion du vendeur, si la délivrance est reçue à l'entrepôt réel ou fictif, et au vendeur à l'exclusion de l'acheteur, quand la tradition s'effectue à la consommation.

Rien au monde n'est plus simple : *v. g.*, quand je vends à la consommation, et livrables le 15 du mois prochain, 1,000 kilog. de tel café, à raison de 6 fr. l'un, les droits étant aujourd'hui de 2 fr. par kilog., le prix de ma facture est de 6,000 fr.

Le 15, les droits se trouvent augmentés d'un fr. J'aurai donc 3,000 fr. à payer à la douane, au lieu de 2,000

sur lesquels j'avais compté, et pourtant ma facture reste invariable pour 6,000 fr.

Mais, si je perds 1,000 fr. dans ce cas, ce qui est évident, n'est-il pas bien juste que je les gagne dans le cas inverse? Cela est d'autant plus juste que je ne gagne rien à la perte de l'acheteur, car la question est de savoir auquel de nous profitera la remise que fait le créancier; or, le débiteur, c'est moi.

Appliquez ce raisonnement à l'acheteur qui reçoit à l'entrepôt, sans option ou par suite d'option, sous la déduction des droits, c'est-à-dire, qui se charge des droits, et, si les droits diminuent, la solution en sa faveur sera tout aussi juste.

A la vérité, si l'option m'appartient, et que, *rebus integris*, les droits soient augmentés ou diminués, je déclare mon choix en pleine connaissance de ce qui m'est avantageux, tandis que le vendeur y a souscrit d'avance pour un avenir qu'il ne pouvait connaître. Mais, outre que c'est le résultat de la volonté mutuelle, et l'effet naturel de la réserve d'option (V. *suprà*, n° 60), le vendeur a pu compenser ce désavantage par sa stipulation sur le prix.

Ce qui est juste, les droits diminuant, ne le sera pas moins, *vice versâ*, si les droits augmentent.

Notre principe est donc un principe absolu, parce qu'il est, en tout sens, aussi conforme au droit qu'à l'équité.

66. — Maintenant, quels sont les effets du transfert par rapport à la douane?

En principe, à l'instant même où des marchandises tarifées ont atterri en France, les droits sont acquis au trésor. Mais l'entrepôt déroge au principe : il suspend l'exigibilité des droits. Bien plus, il n'en sera exigé aucun,

si la marchandise est réexportée (V. la raison, *suprà*, n° 53).

Toutefois, étant incertain s'il y aura réexportation ou mise à la consommation, les droits sont dus conditionnellement (1). Or, c'est être créancier que de l'être sous condition : *Qui stipulatus est sub conditione, placet eum, pendente conditione, creditorem esse* (L. 42, D., *De oblig. et act.*) (2).

La douane est donc un créancier qui a pour débiteur l'entrepositaire, et, dès que la chose est mise en entrepôt, un contrat de nantissement intervient *ipso facto* entre lui et l'administration (3). Aussi est-elle responsable du délit ou du fait de ses agents dans l'exercice des fonctions qu'elle leur a départies.

67. — D'un autre côté, dès que le receveur principal a enregistré le cédé et inscrit la marchandise en charge au compte du cessionnaire, un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, lequel est déchargé. Par rapport à la douane, l'effet du transfert est donc une novation ; et dès lors, il est évident que la Cour d'Aix se trompe en disant que l'acheteur en entrepôt payait les droits *comme représentant le vendeur* (V. *suprà*, n° 53).

Cette illusion a inspiré une idée fort bizarre au sieur Bucelle, de Marseille. Le sieur Archias, son acheteur en entrepôt, ayant mis à la consommation, et payé les droits sur-le-champ, obtint, pour prompt payement, une bonification de 46 fr. 25 c.

(1) La condition est ici une condition *potestative* de la part de l'obligé, mais elle n'est pas *purement* potestative, car, pour ne pas payer les droits, il faut réexporter (V. t. 4, n° 22).

(2) Conf. à la loi 10, D., *De verb. signif.*

(3) Cass., 9 mars 1835.

« Le sieur Buccle, rapportent MM. Girod et Clariond (1), instruit de cette circonstance, prétend que « le sieur Archias lui doit le montant de la bonification « obtenue, et l'assigne devant le tribunal de commerce « en restitution des 46 fr. 25 c., dont il lui avait mal à « propos et par erreur tenu compte dans le règlement des « droits de douane. »

Le tribunal débouta le demandeur par le motif que *la bonification ne saurait être d'aucune influence sur le prix, qui ne pouvait être fixé que par la position des choses lors de la livraison* (2).

Il fallait dire *lors du contrat*, car c'est à ce moment qu'il faut que le prix soit certain, et le prix n'est certain que parce que les droits, tels qu'ils existent alors, sont une partie intégrante du prix (V. *suprà*, n° 65). A cela près, la raison en droit est très-bonne. Mais la raison directe, c'est que, y ayant eu novation, le sieur Archias, en comptant avec la douane, ne représentait personne ; il gérait sa propre affaire.

68. — Une question d'escompte s'est présentée sous un autre aspect :

La vente étant faite à la consommation avec faculté de recevoir à l'entrepôt, les droits déduits, le vendeur stipula le prix payable à terme, ou comptant sous escompte.

Option pour l'entrepôt et renonciation au terme. Mais, en payant comptant, l'acheteur veut prélever l'escompte sur le prix de consommation, c'est-à-dire, sur le prix nominal du contrat.

Le juge consulaire lui répond : « L'escompte ne fait

(1) *Jurisp. de Mars.*, 13, 1, 334.
(2) Jugement du 12 avril 1833.

« pas partie du prix convenu...., c'est l'agio de la somme « payée par anticipation, et qui est la seule dont le ven- « deur profite.

« S'il en était autrement, l'acheteur jouirait d'un dou- « ble escompte, puisque, d'une part, il le retiendrait à « son vendeur, et que, d'autre part, il en jouirait une se- « conde fois vis-à-vis de la douane qui, d'après l'usage, « accorde toujours quatre mois pour le payement des « droits, ou l'escompte de ce terme (1). »

Cette dernière raison paraît peu décisive, car, que l'acheteur réexporte, plus de droits, plus d'escompte.

Mais on est dans le vrai lorsqu'on dit que l'escompte ne fait pas partie du prix convenu. Il en serait plutôt une diminution.

Cependant les droits étant compris dans le prix conventionnel, d'où vient que l'escompte n'en doit pas être prélevé? C'est que le prix conventionnel ne comprend les droits qu'en vue du cas alternatif où l'acheteur voudrait choisir la consommation, et ce fut le contraire qui arriva. Or, opter pour l'entrepôt, c'est vouloir que les droits soient déduits, et la déduction elle-même entraîne forcément la réfaction du prix (2); *fit novum pretium*. D'un autre côté, ce prix refait ou nouveau, est le seul qui doive être compté (3) ; il est donc le seul qui puisse être escompté.

(1) Jugement du 20 juillet 1836. *Jurisp. de Mars.*, 16, 1, 121.

(2) Les réfactions de prix sont très-fréquentes dans le commerce. Elles ont lieu lorsqu'il se trouve un peu de différence quant à la quantité et surtout à la qualité, entre la chose livrée et la chose convenue; il y a tant de nuances dans la qualité de certaines marchandises, qu'on ne peut briser les contrats pour de légères disparités. Par exemple, dans le commerce des huiles, il y a presque toujours réfaction du prix.

(3) Ou, comme dit fort bien le tribunal, *le seul dont le vendeur profite*.

69. — Quels sont les effets du transfert par rapport aux tiers et aux ayants-cause? Si l'acheteur d'une marchandise l'a placée, ou laissée en entrepôt, et qu'il vienne à faillir, le vendeur non payé peut-il la revendiquer? y a-t-il, dans ce cas, à distinguer l'entrepôt fictif de l'entrepôt réel? V. le chapitre de la *Revendication*, t. 6.

70. — Le *transit*, le seul *transit* du moins dont il s'agisse en cet endroit, est celui qui consiste, soit dans l'importation, par la frontière de terre, de marchandises (1) prohibées ou non prohibées dont la loi permet le transit, et venant de l'étranger avec destination pour un entrepôt réel en traversant une partie de la France (2); soit dans la réexportation, par terre, de produits étrangers ou coloniaux, déjà introduits et entreposés, et auxquels le transit est permis, ou dans leur expédition d'un entrepôt sur un autre; soit enfin dans l'exportation, ou la réimportation (3) aussi par terre, de certaines marchandises (4)

(1) Le mot *marchandises* comprend aussi, et les denrées, et les matières ou objets fabriqués.

Avant la loi du 9 février 1832, les marchandises prohibées à l'entrée ne pouvaient sortir que par voie de mer.

(2) On connaît (*en douane*) deux autres espèces de transit : le transit de France en France, en empruntant le territoire étranger; le transit de l'étranger à l'étranger, en empruntant le territoire français. Ainsi des marchandises envoyées, par terre, d'Espagne en Hollande, sont expédiées par la France *en transit*.

De savoir si le transit de l'étranger à l'étranger est plus avantageux que défavorable au pays qui le permet, c'est une grande question en économie politique.

(3) V. *infrà*, n° 79, *in notis*, quand il y a lieu à *réimportation*.

(4) La loi désigne les marchandises tant étrangères que françaises, qui jouissent de la faveur du transit. Nous n'entrons pas dans ce détail, essentiellement variable et hors de notre sujet. Il faut consulter la loi et l'ordonnance du jour.

françaises, passibles de droits à la sortie ou à la rentrée, et pouvant transiter.

Par exemple, si je possède à Marseille des marchandises admissibles au transit, et que je veuille les envoyer en Suisse, *v. g.*, à Fribourg, j'aurai préalablement à remplir en douane certaines formalités indiquées *infrà*, n° 79.

Ces formalités remplies et le voyage commencé, puis-je vendre mes marchandises *transitant*, c'est-à-dire, au cours de leur trajet du point de départ à la frontière, et par quel moyen pourrai-je en opérer la délivrance?

Avant tout, il faut savoir qu'un acquit-à-caution (1) accompagne toujours la marchandise qui transite par terre, et que, pour tout ce qui jouit de la faveur de ce transit, il est établi, non-seulement des bureaux particuliers de départ et de sortie, eu égard à la diversité des provenances et des espèces, mais encore des bureaux et des entrepôts intermédiaires (2), et qui sont mentionnés dans l'acquit-à-caution.

Par conséquent, de deux choses l'une : ou la marchandise transitera, sans s'arrêter, jusqu'à la frontière indiquée pour la réexportation; ou, pendant le transit, elle s'arrêtera et restera, plus ou moins de temps, dans quelque entrepôt intérieur, établi pour les marchandises de cette espèce, et elle y sera surveillée et gardée, jusqu'à reprise et continuation du voyage.

Au premier cas, je peux vendre, et je puis même donner un transfert ou cédé. De l'acheteur à moi et réciproquement, la convention est obligatoire. Mais, la marchan-

(1) V. *infrà*, n° 79, en quoi consiste l'acquit-à-caution, et, quant à son objet, n° 78.

(2) V. la loi du 27 février 1832.

dise n'étant entrée dans aucun bureau des douanes, la régie est étrangère à la vente, et ne reconnaît que moi au nom de qui se continue le voyage jusqu'à l'entrepôt intermédiaire le plus voisin, et, s'il n'y en a pas, jusqu'au bureau-frontière où le transfert sera présenté, et la mutation opérée par les écritures en douane.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire, si, au cours du trajet, la marchandise est entrée dans un entrepôt intermédiaire, le transfert ou *cédé* peut y être enregistré, comme il le serait au bureau de sortie, et comme il aurait pu l'être au bureau du départ.

Mes marchandises arrivées à Lyon, je puis donc faire cesser le transit, vendre à la consommation, mettre aux droits, et délivrer la chose matériellement ; ou vendre en transit, ou vendre à la consommation avec faculté d'entrepôt et de transit (1).

Ainsi, relativement à l'augmentation ou à la diminution des droits, comme à l'égard des tiers, des ayants-cause et de la douane, en un mot, sous tous les rapports, l'effet du transfert de la marchandise transitant par terre, ou se trouvant dans un entrepôt intérieur, est le même que celui du transfert en entrepôt maritime, fictif ou réel (2).

La seule différence, quand la marchandise est vendue *en transit*, c'est que le vendeur soumissionnaire de l'acquit-à-caution, et sa caution solidaire, restent les obligés de la douane, jusqu'à la décharge de cet acquit, ce qui ne change rien au transfert, et n'y fait nul obstacle.

(1) V. l'art. 4 de la loi du 27 février 1832.

(2) Les entrepôts intérieurs ne peuvent être que des entrepôts *réels*.

Au reste, tant que le transfert en transit n'est pas régularisé en douane, le vendeur répond des risques, parce que, jusqu'alors, la vente est conditionnelle (V. *suprà*, n° 59).

Ce que nous avons dit de la chose vendue transitant de France à l'étranger, est également applicable à la vente de la chose venant de l'étranger et traversant la France avec direction, soit sur un entrepôt intérieur, soit sur un port d'entrepôt, ou expédiée en transit, d'un entrepôt intérieur ou maritime sur un autre. Quant aux formalités, V. *infrà*, n° 79.

Donner du mouvement à nos ports, procurer des salaires et des profits à une foule d'individus et de professions qui concourent au roulage, proprement dit, et aux expéditions par les chemins de fer, offrir à l'agriculteur l'occasion de louer ses bêtes de somme hors la saison des labours, et au manufacturier comme au négociant les moyens de s'approvisionner sans nuls risques antérieurs à la délivrance, tels sont, à l'intérieur, les avantages du transit. Si l'on ajoute qu'il associe nos intérêts à ceux des pays limitrophes, autant du moins qu'un système protecteur peut le permettre, on verra que le transit n'est pas moins utile au commerce et à la société que l'entrepôt lui-même, le cabotage et la réexportation maritime.

71. — Selon la nature et l'espèce des marchandises, les droits, lorsqu'ils deviennent exigibles, sont perçus, tantôt sur le nombre ou la mesure, tantôt sur le poids, d'autres fois sur la valeur. C'est pourquoi, pour placer en entrepôt *réel* des marchandises étrangères ou coloniales. en général, le négociant est tenu d'en déclarer l'espèce, la qualité, la provenance et le nom du navire introducteur;

en outre, le poids ou la mesure pour les marchandises tarifées à la mesure ou au poids, et l'estimation ou valeur, pour celles qui payent *ad valorem*.

Nous avons dit *en général*, parce que la déclaration du poids et de la mesure n'est point exigible pour les marchandises sujettes à *coulage*, telles que les huiles, les vins, les liqueurs, les sucres bruts et autres semblables. Il suffit de déclarer le nombre des futailles ou colis, leurs marques et les numéros, plus toujours l'espèce, la qualité et la valeur.

Les déclarations exigent la plus grande exactitude. Elles sont la base des opérations de la régie, des droits qu'elle perçoit, des condamnations qu'elle poursuit, et des moyens de défense.

Les préposés vérifient ou ont le droit de vérifier les déclarations (L. du 22 août 1791, tit. 2, art. 14).

S'il y a excédant en poids ou en nombre, double droit sur le montant de cet excédant;

Si la déclaration est fausse quant à l'espèce ou à la qualité, confiscation avec amende de 100 fr.;

Si elle est fausse en plus quant au nombre des colis, amende de 300 fr. par chaque colis manquant (L. du 22 août 1791, tit. 2, art. 18, 21, 22).

Pour le cas où la marchandise taxée à la valeur est déclarée au-dessous de sa valeur, V. le n° 75.

72. — La marchandise une fois reconnue par le vérificateur qui assiste au déchargement, et, sur le rapport de ce préposé, un compte *en matière* ou compte d'*entrée* et de *sortie* est ouvert sur le sommier ou grand-livre de la douane, et l'on y porte au débit de l'entrepositaire les indications, désignations et estimations susmentionnées, eu égard à la nature de la marchandise. La colonne du

crédit est destinée à recevoir l'inscription de toutes les dispositions que le négociant fera de sa chose d'une manière conforme aux lois et règlements;

Ce qui signifie que l'entrepositaire est débité de l'obligation d'acquitter les droits ou de réexporter, jusqu'à l'écoulement total de la marchandise, et crédité de tout ce qu'il met à la consommation, transfère ou réexporte.

Si la marchandise est de celles qui payent au poids, le négociant est libre de s'en rapporter au poids d'entrée, ou de faire peser à la sortie. S'il fait peser à la sortie, et qu'il continue de même jusqu'à l'entier écoulement, c'est le poids reconnu à la sortie qui sert de base à la perception. Au contraire, s'il enlève un seul colis (ce qu'il peut faire), sans demander que le poids soit reconnu par le vérificateur, les droits seront perçus, pour le tout, sur le poids constaté à la vérification d'entrée.

Les échantillons (1) eux-mêmes sont pesés à leur sortie, et passibles des droits. Leur poids est inscrit au sommier en imputation sur le poids total.

S'il s'agit de marchandises sujettes à déchet, l'administration supérieure accorde généralement, sur demande, la remise des droits pour le déficit reconnu à la sortie,

(1) Dans la pratique, un échantillon est remis au courtier chargé de la vente ou de l'échange, et reste entre ses mains jusqu'à la parfaite exécution du contrat Le négociant retire aussi un ou plusieurs échantillons, lorsqu'il veut vendre ou échanger lui-même. Souvent encore, pour essayer ou déguster la marchandise, celui qui veut acheter se transporte avec le propriétaire au magasin même dont la porte leur est ouverte, sur la demande de l'entrepositaire, par un préposé porteur de la clef de la douane, et par l'agent du commerce porteur de la clef du commerce, un tel magasin ne pouvant jamais être ouvert qu'au moyen de ces deux clefs concurremment.

pourvu, comme on vient de le dire, que la marchandise ait été totalement repesée (1).

73. — Pour l'entrepôt fictif, mêmes déclaration et vérification, même compte, mêmes écritures que pour l'entrepôt réel. Mais les droits sont toujours perçus sur le poids d'entrée (2). En outre, l'entrepositaire est tenu de déclarer avec précision les magasins où les marchandises seront renfermées, avec soumission à les représenter en mêmes qualité et quantité, chaque fois qu'il en sera requis. Les magasins ne peuvent être changés, sans un permis spécial de la douane : le seul fait du changement non autorisé donne ouverture au payement immédiat des droits. Au cas où les colis ne sont pas représentés identiquement dans les nouveaux magasins, double droit et amende.

De plus encore, pour répondre des droits et des contraventions éventuelles, l'entrepositaire est tenu de fournir

(1) F° 1.

DOIT M. Pierre, *demeurant à*			AVOIR
N 300 barriques de sucre, au premier type, venant de Porto-Rico, par le navire français *le Nestor*, capitaine X..., pesant	150,000 k.	N. 150 barriques déclarées pour la consommation	74,850 k.
		50 *dito* réexportées, par le navire Z, capitaine D.., allant à. .	24,950
		100 barriques transférées à Jacques	49,900
		Échantillons prélevés et mis aux droits.	120
		Déficit à la sortie	180
		Soldé	150,000 k.

(2) C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de provenances coloniales, cas où il est facultatif de placer en entrepôt réel ou en entrepôt fictif, on met généralement en entrepôt réel les marchandises sujettes à *coulage* ; sinon, le négociant les garde en entrepôt fictif, parce que les soins qu'elles exigent leur sont donnés plus facilement et à moindres frais.

une caution solvable, ce qui n'est pas exigé pour l'entrepôt réel, la clef administrative étant un sûr garant contre toutes soustractions et substitutions, et les droits amplement garantis par les marchandises mêmes dont la régie a la détention matérielle et continuelle.

Si le négociant veut changer de magasins, il doit renouveler sa soumission, en faisant signer la personne qui l'avait déjà cautionné, ou quelque autre caution solvable.

74. — Tout ce qui précède est également applicable aux marchandises prohibées. Seulement, comme il faut, de toute nécessité, que ces marchandises soient réexportées, il ne peut figurer au crédit du négociant que des réexportations, des manquants par déchet, ou imputables au fait des préposés.

75. — Quant aux marchandises dont les droits sont perçus sur la valeur, une précaution fort ingénieuse est prise par la loi : la régie peut les retenir, en payant la valeur déclarée et le dixième en sus (L. du 6-22 août 1791, art. 23, tit. 2; loi du 4 floréal an IV, toujours en vigueur).

Cette faculté, nommée *droit de préemption*, peut aussi être exercée par les préposés pour leur propre compte.

Dans l'un et l'autre cas, le payement doit être effectué quinze jours, au plus tard, après la notification.

On voit que la préemption a pour objet de prévenir les fausses déclarations de valeur, lorsque la valeur sert de règle à la perception des droits. Le déclarant a-t-il donné à sa marchandise une évaluation de plus de 10 p. 100 au-dessous de ce qu'elle vaut, il est pris dans son propre piége, et justement puni de la fraude qu'il voulait commettre.

Mais le droit de préemption peut-il être exercé, ou



doit-il rester suspendu depuis et aussi longtemps que la marchandise est en entrepôt?

Cette question importante a été successivement décidée en ce dernier sens, par le juge de paix de Cette, en première instance, en appel par le tribunal civil de Montpellier, enfin par arrêt de la Cour de cassation, du 14 avril 1830, portant rejet du pourvoi que la douane avait formé (1).

« Attendu, dit la Cour, que le privilége exorbitant de « la préemption ne s'exerce que sur les marchandises « dont les droits sont perçus sur la valeur ; qu'on ne peut « ranger dans cette catégorie les marchandises en entre- « pôt réel, puisque, malgré la déclaration de valeur à la- « quelle elles sont soumises, elles ne sont immédiatement, « ni nécessairement, sujettes à la perception d'aucun « droit. »

Le tribunal de Montpellier donnait à entendre que, en tout cas, la préemption ne pourrait s'exercer que sur des marchandises en entrepôt *fictif*. Il prétendait le prouver par certaines inductions tirées de la loi du 8 floréal an XI. La Cour de cassation va plus loin ; car, d'après son arrêt, bien qu'il n'y soit parlé que de l'entrepôt *réel*, les seules marchandises que la préemption puisse atteindre sont celles qui, tarifées à la valeur, doivent les droits immédiatement, ou les devront *nécessairement* (2). Or, il en est, à cet égard, de l'entrepôt fictif comme de l'entrepôt réel. La marchandise n'y doit rien sur-le-champ, et n'aura jamais rien dû, si la condition de la réexportation vient à s'accomplir en temps utile. La Cour suprême a donc jugé, implicitement il est vrai, mais très-certainement, que, en

(1) Sirey, 30, 1, 129.

(2) Nous ignorons quelles marchandises entreposées peuvent devoir les droits *nécessairement*.

entrepôt fictif comme en entrepôt réel, c'est-à-dire jamais, la préemption ne peut avoir lieu, que si le négociant vient à mettre aux droits ; alors, en effet, il les doit *immédiatement*. Il reste à examiner si cette décision est conforme à la loi du 4 floréal an IV, qui est visée dans l'arrêt et régit la matière. Il est permis d'en douter, et voici nos motifs :

1° Cette loi (art. 1er) est ainsi conçue : « Les marchandises dont les droits sont perçus sur la valeur pourront « être retenues par les préposés des douanes, en payant « la valeur déclarée et le dixième en sus dans les quinze « jours qui suivront la notification du procès-verbal. »

Il nous semble impossible de trouver dans ce texte la distinction sur laquelle la Cour suprême a basé son arrêt. Or, disait la régie (et ce moyen nous paraît bien fondé), *là où la loi n'a pas distingué, le juge ne peut admettre ni distinction, ni exception.* Qu'y a-t-il de certain, si ce principe a cessé de l'être ? Le juge n'est plus le ministre de la loi ; il est la loi même : *ipse sibi est lex.*

Quand le législateur s'exprime en ces termes : les marchandises *dont les droits sont perçus sur la valeur*, cela signifie pour nous les marchandises *tarifées à la valeur.* La Cour de cassation l'entend d'une autre manière, et de là cette argumentation, fondement de son arrêt : La marchandise sujette à la préemption est la marchandise pour laquelle le négociant paye les droits *hìc et nùnc ;* or, en entrepôt, la marchandise ne doit rien : donc, etc. Est-ce bien là le sens, même le sens grammatical, des expressions de la loi ? *lectoris erit judicium.*

2° Voyons son esprit. Pourquoi la loi du 4 floréal an IV vint-elle modifier celle du 4 germinal an II ?

Le conseil des Cinq-Cents nous le dit dans les motifs de sa déclaration d'urgence, adoptés par le conseil des

Anciens : « Considérant que plusieurs dispositions du « tit. 5 du décret du 4 germinal an II peuvent favoriser « les fausses déclarations de marchandises importées ou « exportées, en mettant les préposés des douanes dans « l'impossibilité de faire usage de la retenue que la loi au- « torise, sans s'exposer eux-mêmes à des pertes considé- « rables (1) ;

« Considérant qu'il est urgent d'activer le service des « préposés des douanes. »

Ainsi, le but de la loi fut de *prévenir les fausses déclarations de valeur*, en les réprimant, d'*activer* la surveillance des préposés, et de les y encourager par l'appât d'un gain légitime, non moins utile à l'État qu'à eux-mêmes.

L'arrêt de la Cour suprême tend-il vers ce but? Désormais celui qui aura fait une fausse déclaration de valeur, en entrepôt réel, est sûr de l'impunité durant trois ans, durant un an, en entrepôt fictif, et même davantage (2). Quel intérêt peuvent avoir les préposés à vérifier une pareille déclaration qui, d'ailleurs, n'aboutirait à rien si l'on réexporte? Et si, après un long temps, on vient à mettre aux droits, que de tentatives de corruption dans l'intervalle, et non toujours sans succès! Les assises de Rennes en ont fourni un exemple mémorable, il y a quelque vingt ans (3).

(1) L'art. 4 portait : « Les préposés du bureau feront raison à « l'Etat du déchet du produit de vente au moment de l'évaluation, « du dixième en sus et des droits. » Rien n'était, en effet, plus propre à inspirer aux préposés un grand dégoût pour la préemption.

(2) V. *suprà*, n° 54, note 5.

(3) A la vérité, dans cette affaire, il ne s'agissait pas de fausses déclarations de valeur, mais de faux certificats d'embarquement et réexportation de denrées coloniales gardées en entrepôt fictif, et taxées à des droits énormes dont le fraudeur profitait au grand pré-

Au contraire, que la préemption puisse être exercée sur la marchandise en entrepôt, une crainte salutaire retiendra la mauvaise foi, et les droits du trésor ne seront pas compromis.

3° La Cour de cassation reconnaît elle-même l'obligation légale d'une déclaration de valeur pour les marchandises dont les droits sont perçus sur la valeur. En prescrivant cette déclaration, la loi l'exigeait, sans doute, sincère et véritable. Quelle était la peine pour le cas contraire? La préemption, uniquement la préemption. Or, ce moyen préventif et répressif disparaît. La déclaration peut être impunément fausse; la loi n'a plus de sanction.

4° La Cour semble avoir perdu de vue que le créancier sous condition est véritablement un créancier (V. *suprà*, n° 66). Or, les droits étant une dette conditionnelle envers le trésor, comment admettre en principe que le débiteur peut, *salvâ lege*, faire une déclaration de nature à tromper éventuellement le créancier?

5° Osons le dire: une fausse apparence d'équité nous paraît avoir séduit la Cour. Elle s'est dit, ce semble: si la marchandise est réexportée, l'État n'a rien à prétendre, et, dans ce cas, la fausseté de la déclaration ne peut lui faire aucun tort. S'il y a mise à la consommation, le droit sera perçu ou la préemption exercée. Les intérêts du trésor ne pouvant donc être compromis dans aucune hypothèse, il serait injuste que le faux déclarant fût tenu d'abandonner à vil prix sa marchandise aux préposés.

judice de l'Etat et du commerce. Il y eut acquittement; nous devons le dire. Mais il faut savoir aussi qu'au lieu de comparaître devant la Cour d'assises où il était appelé comme témoin, le *directeur* des douanes se précipita dans la mer, et, durant les assises, on le crut noyé.

Nous répondons : La déclaration de la valeur ne sert pas seulement de règle pour la perception des droits ; elle sert aussi à déterminer le *quantùm* de la condamnation, dans le cas de non-apport de l'acquit-à-caution, dûment déchargé en temps utile ; et alors la fausse déclaration est évidemment préjudiciable au trésor (V. *infrà*, n° 80).

En outre, il ne s'agit pas ici d'appliquer la règle *nihil falsum, nisi nocivum ;* ce serait la déplacer. Une fausse déclaration est incontestablement une contravention à la loi. Or, chaque contravention veut sa peine, et, dans la police du commerce, la bonne foi, y eût-il bonne foi (1), ne couvrirait pas plus la contravention, qu'elle ne l'excuse dans la police simple du Code pénal (V. *infrà*, n° 81). La Cour de cassation elle-même a plusieurs fois proclamé le principe.

6° Enfin, il est de principe qu'on doit interpréter les lois les unes par les autres, lorsque surtout, étant du même ordre, elles se rapportent à la même matière. Or, l'art. 1er de la loi du 17 mai 1826 relative aux laines, est ainsi conçu : « En cas de fausse déclaration de valeur, l'admi-« nistration des douanes ou ses agents feront usage du

(1) Il est, au reste, bien difficile qu'il soit fait de bonne foi une fausse déclaration de valeur, celle du moins qui serait de nature à provoquer la préemption. Comment un négociant qui a dans les mains ses factures et le bulletin du cours, pourrait-il se tromper de 10 p. 100 ou au delà ?

L'erreur, nous l'avouons, n'est pourtant pas absolument impossible. Un faux calcul a pu être fait dans la réduction des monnaies étrangères en monnaies de France. C'est pourquoi la loi du 22 août 1791 (titre 2, art. 12), permet de rectifier les déclarations, *v. g., quant à la valeur*, pourvu que ce soit le jour même et avant la visite commencée, ce que ne permettait pas l'ordonnance de 1681. Mais la brièveté même de ce délai prouve de quelle importance la déclaration de valeur est aux yeux de la loi.

« droit de préemption, *tel qu'il est réglé par la loi du* « *23 avril* 1794 (4 floréal an IV). Ce droit devra être « exercé dans le délai de dix jours. »

La loi du 2 juillet 1836 porte, art. 1er : « La préemption « sur les laines s'exerce au compte de l'administration ou « des employés, conformément à la loi du 4 floréal an IV. Le « délai de dix jours accordé par la loi du 17 mai 1826 pour « déclarer la préemption est réduit à trois jours. Lorsque la « vérification n'aura pas été faite dans trois jours, le dé- « clarant aura le droit de modifier sa déclaration quant à « la valeur. »

Il est donc certain que, s'il s'agit de laines en transit pour les importer avec direction sur un lieu d'entrepôt, ou pour les expédier d'un entrepôt sur un autre, le droit de préemption s'ouvre immédiatement après la fausse déclaration, et cela, dit le législateur, *conformément à la loi du 4 floréal an* IV. Ainsi, quant aux laines, seulement, dont le cours est sujet à des variations très-subites, la préemption est circonscrite dans un délai très-court. Mais cette limitation exceptionnelle prouve, selon nous, que, relativement aux autres marchandises, le droit de préemption s'ouvre aussitôt la fausse déclaration faite, et subsiste jusqu'à fin d'entrepôt. Il semble donc que la loi, s'interprétant elle-même, a virtuellement condamné la doctrine que nous combattons.

En résultat, ou notre erreur est grande, ou l'arrêt du 14 avril 1830 n'a pas bien saisi le sens et l'objet, l'objet surtout, des lois combinées des 22 août 1791 et 4 floréal an IV.

Dans le doute, car il faut toujours douter quand on est d'un avis contraire à celui de la Cour suprême, nous avons cru devoir présenter ces observations, parce qu'elles nous paraissent au moins mériter l'attention du législateur, lors de la première loi qui sera faite sur les douanes.

76. — Le transfert de marchandises en entrepôt réel s'opère par une déclaration signée de l'acheteur et du vendeur.

Selon la nature de la marchandise, cette déclaration, nommée à Nantes un *cédé*, énonce les désignations de poids, de valeur, etc., mentionnées *suprà*, n° 71, et, sur la présentation de cet écrit au receveur principal, l'entrepôt du vendeur ou cédant est déchargé par le fait de la mise en charge, au compte du nouvel entrepositaire, des marchandises désignées dans le cédé. Ces écritures passées sur le sommier de la douane, le nouveau propriétaire reste seul comptable envers la régie de l'acquit des droits ou de la réexportation; le cédant est entièrement libéré.

Quand la marchandise est achetée à la consommation, mais *avec faculté de recevoir ou laisser en entrepôt*, et que l'acheteur opte pour l'entrepôt (V. *suprà*, n° 60), les écritures en douane sont passées, comme on peut le voir ci-dessous (1).

77. — Le transfert en entrepôt fictif se fait, quant au *cédé* ou transfert et quant aux écritures, absolument de la même manière que pour l'entrepôt réel.

78. — Un acheteur en entrepôt fictif qui veut garder lui-même en entrepôt fictif, doit faire, à son tour, une soumission cautionnée. Dans la pratique, c'est ordinairement le vendeur qui cautionne, en signant le tranfert comme *cédant et caution*. Mais il n'est pas caution de

(1) F° 2.

DOIT M. JACQUES, *demeurant à*	AVOIR.
N. 100 barriques de sucre, au premier type venues de Porto-Rico par le navire français. *Nestor*, à lui cédées par M. Pierre 49,900 .	

plein droit, et, s'il ne veut pas le devenir, l'acheteur se fait cautionner par une autre personne, pourvu que la régie s'en contente.

Toutefois, le soumissionnaire primitif demeure obligé personnellement, sous les peines de droit, *tant qu'il ne s'est pas fait décharger de sa soumission*, au moyen de l'acceptation par la douane, de la soumission du cessionnaire. Il ne suffit pas que l'administration soit avertie de la vente, ou qu'elle en ait autrement acquis la connaissance. En douane, *contrahitur litteris.* Toutes les formalités, toutes les obligations y sont du droit le plus étroit (V. *infrà*, n° 80). Il faut donc que le *cédé* ou transfert soit inscrit au grand-livre, et la soumission du cessionnaire acceptée. Jusqu'à ce temps, le vendeur est seul comptable; il reste redevable (Cass., 9 mars 1835), et sa caution responsable. Or, cautionner c'est garantir solidairement avec l'entrepositaire le payement intégral des droits, ou une réexportation régulière et complète.

Il en est ainsi de tous les transferts successifs, quel que soit l'entrepôt, tant que le crédit du dernier compte substitué n'en a pas soldé le débit jusqu'au dernier kilogramme. *Idem* pour la mesure.

79. — Expédier *par suite ou continuation d'entrepôt*, nous voulons dire ici transférer par un navire des marchandises d'un port d'entrepôt dans un autre, c'est une expédition par *cabotage*, un simple changement de magasin.

Néanmoins, le repesage est obligé pour tous les colis.

En outre, un acquit-à-caution est délivré, mais seulement :

1° Si les marchandises sont prohibées à la sortie, ou si elles appartiennent à la classe des céréales;

2° Si elles sont tarifées au poids, et passibles à la sortie d'un droit de plus de 50 centimes par kilogramme ; et, pour les autres, si le droit de sortie répond à plus d'un quart pour cent de la valeur, décime compris (1).

Nous expliquons dans le numéro suivant l'objet de l'acquit-à-caution, et les formalités préalables à sa délivrance.

La douane peut affranchir de cet acquit, lorsque la somme dés droits de sortie ne s'élève pas à plus de 3 fr. par espèce et par expéditeur (Loi du 2 juillet 1836, article 19).

On trouve aussi dans l'art. 20 de cette loi la désignationdes marchandises qu'elle exempte du plombage, et de celles qu'elle y assujettit.

L'acquit-à-caution énonce le poids, la mesure, l'espèce, la quantité, la qualité de la marchandise. Il énonce aussi la valeur (Loi du 8 floréal an XI, art. 74).

Dès que la marchandise est arrivée et reconnue identique en tous points, la reprise s'en fait au compte du nouvel entrepôt, et l'acquit-à-caution est déchargé.

Pour le cas contraire, quant aux peines, V. encore le numéro suivant.

S'il s'agit de réexporter, mêmes préalables de repesage, quelquefois de plombage, etc. ; mais on ne délivre pas d'acquit-à-caution. Le permis d'embarquer en tient lieu, joint à la soumission des propriétaires ou consigna-

(1) Pour tout le reste, simple passavant. — Le *passavant* est un acte des préposés de la douane, autorisant à transporter d'un lieu à l'autre des marchandises exemptes de droits, ou qui n'en doivent pas encore.

La loi du 22 août 1791 (titre 3, art. 3) détermine ce qui le constitue, et les obligations qu'il impose.

Au nombre de ces obligations est celle de le représenter aux préposés, à toute réquisition.

taires à rapporter sur ce permis et dans le délai qu'il fixe, les certificats des préposés qui auront été présents à l'embarquement des marchandises, et de ceux qui en auront constaté le départ pour l'étranger.

Si le port d'expédition est situé en une rivière affluente à la mer, le permis d'embarquer suit les marchandises jusqu'au point désigné par la régie pour en faire constater le départ (1).

A Nantes, par exemple, le permis d'embarquer accompagne la marchandise jusqu'à la mer, et la sortie est constatée par le service actif de la douane.

Le permis une fois rapporté en due forme et dans le délai prescrit, l'expéditeur et la caution, s'il y en a (2), sont complétement libérés.

Pour le cas où le permis ne rentrerait pas, V. le numéro suivant *circà finem*.

80. — Expédier par terre des marchandises prohibées, ou assujetties à des droits, soit pour les importer, les exporter, les réexporter, ou les réimporter, soit pour les diriger d'un entrepôt sur un autre, c'est le *transit*, proprement dit, dont il est parlé *suprà*, nº 70.

Ce transit et principalement celui des marchandises prohibées sont réglementés, sauf en ce qui concerne le cas de la réimportation, par les lois des 9 et 27 février 1832.

(1) Ordinairement une patache suit le navire jusqu'à l'extrémité du rayon des douanes (un myriamètre). Dès qu'on y est rendu, l'un des préposés monte à bord, et coupe ou est censé couper les cordes et plombs de la régie, inutiles désormais, puisque la marchandise n'est plus *fictivement* à l'étranger; elle y est *réellement*.

(2) Nous disons *s'il y en a*, parce qu'il n'en est pas exigé si l'expéditeur a son domicile dans le port d'expédition, et qu'il soit reconnu solvable. (L. du 21 avril 1818, art. 61.)

Celle du 27 est la créatrice des entrepôts intérieurs et frontières (V. même numéro);

Celle du 9 contient, avec la désignation des marchandises exclues du transit, la nomenclature des bureaux frontières (et des ports) par lesquels le transit des marchandises non prohibées peut s'effectuer tant pour l'entrée que pour la sortie. Celui des marchandises prohibées ne peut non plus avoir lieu, en quelque sens que ce soit, que par certains bureaux spécialement indiqués.

Aux termes de cette même loi (art. 2), le transit s'opère à certaines conditions qu'elle prescrit, et à celles prescrites par des lois qu'elle rappelle, notamment la loi du 17 décembre 1814, qui elle aussi en rappelle beaucoup d'autres, particulièrement la loi du 22 août 1791, premier fondement de la législation actuelle des douanes.

Les entrepôts intérieurs peuvent recevoir toutes les marchandises non prohibées, admissibles au transit, qui y sont expédiées, soit des villes d'entrepôt réel où elles ont été débarquées, soit des bureaux frontières ouverts au transit (art. 2 de la loi du 27 février 1832).

Quant aux marchandises prohibées à l'entrée et dont le transit est permis, elles peuvent, aux conditions déterminées par la loi du 27 février 1832, être reçues dans les entrepôts de l'intérieur, avec faculté, pendant le délai légal de l'entrepôt (trois ans à compter du jour de l'*importation*), d'être réexportées en transit, soit par mer, soit par les frontières de terre, ou réexpédiées sur les autres entrepôts désignés par les règlements (L. du 26 juin 1835, art. 1er).

« Les marchandises que l'on dirigera sur les entrepôts « à créer en vertu de la présente loi (porte l'art. 4 de la « loi du 27 février) seront expédiées de la même manière, « sous les mêmes conditions et sous les mêmes peines, en

« cas d'infraction, que celles qui sont déterminées par les « lois relatives aux entrepôts réels et par celles du 17 dé« cembre 1814 et *autres* relatives au transit et aux mu« tations d'entrepôt. »

Or, ces lois et les ordonnances émises pour leur exécution sont en très-grand nombre. Elles prescrivent sous différentes peines une foule de formalités, et contiennent des prescriptions plus ou moins minutieuses, toutes de rigueur, dans le détail desquelles nous ne pouvons pas entrer. Bornons-nous donc à indiquer les principales obligations de l'expéditeur en transit aux trois principales époques de l'expédition.

De ces obligations, les unes sont à remplir avant et pendant le voyage, les autres, après.

1° *Des obligations préalables au voyage.*

Lorsqu'on veut exporter des marchandises françaises dont l'exportation n'est autorisée que moyennant certains droits, ou en importer d'étrangères non prohibées, d'un bureau frontière ouvert au transit avec direction sur un entrepôt intérieur ou sur un port d'entrepôt réel, déclaration ordinaire en douane (1) avec énonciation de la valeur (2) ; présentation des marchandises, vérification de

(1) V. *suprà*, n° 71, les détails que cette déclaration doit contenir.

(2) Le transit de la librairie a sa législation particulière (Voyez notamment la loi du 6 mai 1841, et l'ordonnance royale du 13 décembre 1842).

Les ouvrages étrangers en langues mortes ou vivantes sont indistinctement tarifés *ad pondus*.

Il en est de même, non-seulement des ouvrages en langue française dont la propriété est établie à l'étranger, mais encore des ouvrages quelconques qui, ayant été exportés de France, y seraient réimportés, *v. g.*, soit parce que, depuis leur sortie, ils ont été prohibés ou proscrits dans les pays de la destination, soit parce que *la vente ne va pas*, ou pour toute autre cause.

Ainsi, dans la balance douanière, tous les auteurs sont égaux

la déclaration, constatation de la contravention pour être réprimée comme il est dit ci-dessus (n° 71) s'il se découvre des manquants ou des excédants, ou si la déclaration est fausse quant à l'espèce ou à la qualité ; et, s'il y a lieu, dénoncé de la préemption (1), le tout au bureau du départ respectif.

Un mode particulier de déclaration et de vérification est introduit par la loi du 9 février (art. 4), quand on expédie en transit des marchandises prohibées à l'entrée, et ce double mode les régit également, soit qu'elles arrivent par terre, soit qu'elles arrivent par mer.

En outre, des précautions spéciales sont, les unes prescrites, les autres autorisées, à l'égard de certaines marchandises présentées à la vérification sous colis pressés ou fortement comprimés (art. 5).

Une pénalité spéciale est aussi édictée par l'art. 4 contre la fausseté des déclarations en fait de marchandises prohibées à l'entrée :

Si le nombre des colis reconnus est moindre que le nombre déclaré, *amende de 1,000 fr. pour chaque colis manquant ; retenue préventive pour sûreté de l'amende, à*

quoad valorem. Sous ce rapport, il ne peut être dit d'aucun d'eux comparativement, *adpensus est in staterâ, et inventus minùs habens*. Tous payent au kilogramme.

M. le ministre de l'intérieur a pourtant, dans les bureaux de son ministère et dans les bureaux frontières ouverts au transit de la librairie, des agents spéciaux pour vérifier, concurremment avec les préposés de la douane, les livres en langue française, allants, venants et revenants (art. 9 de l'ordonnance susdatée). Quelle bonne fortune pour Boileau, si cet aréopage eût existé lorsqu'il écrivait son Lutrin! *O terque quaterque beatus*, s'il eût connu la réimportation !

(1) La préemption, quand il y a lieu à l'exercer, s'exerce aussi bien sur les marchandises exportées que sur les marchandises importées.

défaut de consignation ou de caution du bâtiment ou de la voiture et de l'attelage servant au transport.

Au cas inverse, *confiscation de l'excédant avec amende du triple de la valeur*;

Même amende et même confiscation, si la déclaration est fausse quant à l'espèce ou à la qualité;

Si la différence porte sur le nombre, la mesure ou le poids, *amende du triple de la valeur réelle des quantités qui forment excédant*, ou de la valeur des quantités manquantes, établie sur celle des marchandises reconnues à la vérification.

Toutefois, amende de la simple valeur, si l'excédant ou le déficit n'excède pas le vingtième du nombre, de la mesure ou du poids déclarés.

S'il est question de marchandises prohibées déjà introduites dans un entrepôt réel, ou d'objets non prohibés se trouvant déjà dans un entrepôt réel ou fictif, et qu'on veuille les réexporter, ou les diriger sur un autre entrepôt, lequel ne peut être que réel, le repesage est obligé.

Enfin, si l'on se propose de faire transiter une marchandise prohibée à l'entrée, et à laquelle le transit soit permis, la déclaration doit contenir, entre autres énonciations prescrites par la loi du 9 février 1832 (art. 3), celle du poids brut et net, et de la valeur. Le poids *brut*, c'est le poids réuni de la marchandise et des caisses, futailles, serpillières, etc., servant à les contenir; et l'on entend par poids *net*, le poids des marchandises seules.

De plus, dans certains cas, il y a plombage, quelquefois double plombage ou double emballage, d'autres fois cachet de la douane, ou plâtrage, ou échantillon levé et scellé pour accompagner la marchandise et en assurer l'identité (1).

(1) Une ordonnance du 8 juillet 1834 désigne les marchandises sujettes au double emballage et au second plombage. — Les mar-

En outre encore, l'expéditeur est tenu :

De se soumettre à rapporter dans le délai qui lui est fixé, à raison de la distance des lieux (1), le certificat de l'arrivée ou du passage des marchandises au bureau désigné ;

Et de donner caution solvable, laquelle s'oblige solidairement avec lui au rapport de ce certificat dans le délai imparti (2).

Tout cela fait, un acquit-à-caution est délivré ; la marchandise peut partir, et elle voyage en franchise de tous droits, même du droit établi par la loi du 9 février 1832 (art. 15), lequel est supprimé à l'égard des marchandises expédiées en transit à travers le royaume (L. du 9 juin 1845, art. 6).

L'objet de l'acquit-à-caution est de garantir que la marchandise parviendra à la destination qui lui est donnée, et qu'elle y arrivera dans un état parfait d'identité en poids, mesure, espèce, quantité et qualité. Sous ce

chandises affranchies du plombage sont désignées par une autre ordonnance du 20 juillet 1836, laquelle désigne aussi les marchandises qui doivent être accompagnées d'échantillons.

Quant au transit des huiles d'olive, il n'est autorisé qu'à la condition que les futailles seront plombées et plâtrées par les deux bouts. Un échantillon doit toujours accompagner cette espèce de marchandise. (L. du 9 février 1832.)

Pour les liquides et les fluides en cruchons ou en bouteilles, autres que les produits chimiques et médicaments, double emballage et double plombage.

(1) Un jour par trois myriamètres en été, et pour deux myriamètres et demi en hiver. Si la distance est moindre, deux heures par huit kilomètres.

(2) Il a cependant un moyen, mais un moyen unique, de suppléer au cautionnement qu'il ne pourrait ou ne voudrait pas fournir : c'est de consigner le simple droit, si la marchandise est de celles qui y sont sujettes, ou, si elle est prohibée, le montant des condamnations qu'il pourrait encourir.

rapport multiple, l'acquit-à-caution ne fait que répéter la déclaration vérifiée.

2° *Des obligations de l'expéditeur pendant le voyage.*

Les obligations des conducteurs ou voituriers sont aussi les obligations de l'expéditeur, car il est civilement responsable des délits et contraventions qu'ils pourraient commettre dans la mission qui leur est confiée (L. du 22 août 1791, tit. 13, art. 20).

Le premier devoir qu'ait à remplir, après le départ, le conducteur de l'expédition, c'est de présenter les marchandises prohibées ou autres au bureau des douanes de seconde ligne par lequel il entrera sur le territoire des deux myriamètres frontières, ou en sortira, afin d'y faire viser l'acquit-à-caution.

L'omission de ce devoir rend le conducteur passible d'une amende de 500 fr., et le soumissionnaire de l'acquit-à-caution en est tenu solidairement avec lui (même art.).

Le *visa* ne peut être délivré que si le chargement, les enveloppes des colis, les cordes et les plombs sont reconnus intacts (L. du 9 février, art. 12).

(Quand l'expédition part de l'intérieur, le premier bureau que l'on rencontre est celui de *seconde ligne*, et réciproquement, si l'on est parti d'un bureau frontière.)

Ensuite, veiller à ce que les plombs, cordes, cachets, etc., ne soient ni levés, ni altérés; ne point s'écarter de la ligne que la marchandise doit suivre, et qui lui est tracée par l'acquit-à-caution; représenter cet acquit à toute réquisition des préposés, et remplir ponctuellement les prescriptions de détail qu'il renferme; arriver dans le délai qu'il fixe, présenter la marchandise au bureau spécial où elle doit s'arrêter lorsqu'elle est importée; et demeurer s'il s'agit de mutation d'entrepôt, ou par lequel elle doit sor-

tir, s'il s'agit de réexportation (1): tels sont, au cours du voyage, les principaux devoirs de celui qui s'est chargé du transport.

Au reste, dans le cas même où la marchandise est prohibée, la douane doit se borner à reconnaître l'intégrité des plombs, cachets, cordes, emballages et plâtrage. Elle n'a le droit d'exiger la rupture des liens, et de se livrer à une visite approfondie, que lorsqu'elle vient à découvrir des indices évidents de soustractions ou de substitutions; encore une pareille visite ne peut-elle avoir lieu dans le trajet, à moins de flagrant délit, mais seulement *à l'entrée et à la sortie* (art. 5 de la loi du 9 février).

Les augmentations de valeur survenues depuis le transit commencé ne donnent pas ouverture au droit de préemption. Cette augmentation n'étant pas le fait du déclarant, il ne doit pas en répondre, et la préemption est une peine.

D'ailleurs, la déclaration de valeur lors de la mise en transit, comme lors de la mise en entrepôt réel ou fictif, a bien moins pour objet de fixer le *quantùm* des droits que celui des amendes éventuellement applicables. Seulement, en certaines circonstances, la douane et le propriétaire ou consignataire peuvent, d'un commun accord, prendre cette valeur pour base de la perception, *v. g.*, si les objets déclarés n'ont pas un cours sur la place, ou que, depuis la déclaration, le cours soit resté ou redevenu le même. C'est en ce sens que doit être entendu ce que nous avons dit de la valeur, *suprà*, n° 70.

Toutefois, par cela seul que l'administration a un inté-

(1) Des préposés, formant une escorte, suivent la marchandise jusqu'au territoire étranger, et ce n'est qu'à leur retour que l'acquit-à-caution est déchargé.

rèt éventuel à ce que la déclaration soit sincère, le bureau du départ, s'il la croit inexacte, peut, à son choix, avant la mise en route, ou exercer la préemption ainsi qu'on l'a vu *suprà*, nº 75, ou assigner d'office à la marchandise une autre estimation, sauf, si l'expéditeur conteste, à recourir aux commissaires experts institués par l'art. 19 la loi du 27 juillet 1822 (art. 4 de la loi du 9 février 1832).

Il va sans dire que le choix de l'un de ces moyens exclut nécessairement le retour à l'autre. C'est un effet commun à tous les droits alternatifs.

Mais si les augmentations de valeur survenant au cours du transit n'autorisent pas la régie à préempter, elles servent de règle lorsqu'une déclaration de mise à la consommation fait cesser le transit et rend les droits exigibles;

Car un autre point de parité du transit avec l'entrepôt, c'est que, durant le transit, la marchandise est réputée n'être jamais venue en France. Par conséquent, nul rapport actuel entre cette marchandise et le tarif d'entrée. Ce rapport ne s'établira que si l'on vient à déclarer pour la consommation. Ainsi le déclarant ne peut pas plus invoquer le tarif existant lors de la mise en transit, si depuis il a été augmenté, que la régie se prévaloir du tarif plus élevé qui, on le suppose, était en vigueur, au départ de l'expédition.

Il est donc admis en douane, encore bien que la loi ne l'ait pas dit en termes exprès, que, lors de la mise à la consommation de la marchandise transitant ou entreposée, le déclarant a la faculté de changer sa déclaration *de valeur* (seulement), sauf la préemption que la régie peut exercer.

En un mot, les droits se règlent sur le tarif du jour de la mise aux droits. C'est faute de s'entendre sur certai-

nes conséquences de ce principe, plus ou moins directes, que des acheteurs et des vendeurs ont eu les contestations judiciaires rapportées *suprà*, nos 61-63.

Un cas fortuit peut retarder le voyage, altérer les plombs, cordes, etc., faire périr ou avarier la marchandise, laquelle est toujours réputée saine, quand l'avarie et le degré de l'avarie n'ont pas été reconnus et constatés au départ. Dans cette triple occurrence, l'accident doit être constaté, sans retard, par un procès-verbal du juge de paix, et, à son défaut, d'un officier municipal, rapporté sur les lieux mêmes. La preuve testimoniale n'est pas admissible.

Mais, nonobstant un procès-verbal régulier, comme le transit est aux risques des soumissionnaires (L. du 17 décembre 1814, art. 8), le cas fortuit eût-il détruit la chose, les droits n'en seraient pas moins exigibles. Le procès-verbal fait seulement que la douane ne peut percevoir ni amendes, ni rien au delà du simple droit d'entrée, et qu'elle n'a rien à exiger pour les marchandises taxées à des droits de sortie.

Si la marchandise fortuitement périe dans le transit était prohibée à l'entrée, le soumissionnaire et sa caution sont solidairement tenus d'en payer la valeur. C'est une conséquence de la même loi (même article), confirmée par celle du 9 février 1832, art. 4, § 1er. Dans ce cas, *la valeur* s'entend, non pas de ce que la chose valait, ou vaudrait à l'étranger, mais de ce qu'elle aurait valu en France, au lieu de l'expédition, et au temps de la perte.

Ce que doivent faire les capitaines et maîtres de bâtiment pour justifier qu'ils ont été retardés par fortune de mer, poursuite d'ennemis et autres obstacles majeurs, est prescrit par la loi du 22 août 1791, tit. 3, art. 8, et par l'art. 2, tit. 7 de celle du 4 germinal an II.

La même loi de 1791, tit. 6, art. 1 et 3, et la même loi du 4 germinal an II, tit. 2, art. 6, leur prescrivent aussi ce qu'ils ont à faire pour justifier d'une relâche forcée, et les formalités à remplir en pareille occurrence, *sous peine de* 500 *fr. d'amende; de plus, retenue préventive du bâtiment, et confiscation des marchandises.* Il ne peut être suppléé à ces formalités par la preuve testimoniale. La loi de 1791, tit. 2, art. 8, le dit expressément.

Il faut de plus que les rapports ou procès-verbaux exigés soient déposés au bureau de la destination, en même temps que les marchandises y sont représentées. La loi le dit encore en termes exprès. Plus tard ou plus tôt, ils ne seraient pas admis.

3° *Des obligations de l'expéditeur après le voyage terminé.*

Dans les expéditions, soit en transit, soit par cabotage (1), comme dans toutes celles qu'un acquit-à-caution accompagne, le devoir de l'expéditeur, on l'a déjà dit, est de rapporter cet acquit au bureau du départ, dans le délai qu'il fixe, avec un certificat régulier de sa décharge, délivré en temps utile par le bureau de la sortie ou du reste. C'est le complément de l'opération.

Ce devoir accompli, la soumission est annulée sur les registres, en présence du soumissionnaire et de sa caution. L'un et l'autre sont libres de toute responsabilité, ou du moins la seule qui leur incombe encore est celle de la vérité du certificat de décharge, sur quoi V. la loi du 22 août 1791, tit. 3, art. 10 et 11, et la loi du 4 germinal an II, tit. 7, art. 3.

(1) Il n'y a pas à distinguer ici entre le grand et le petit cabotage. Le grand cabotage est le transport de marchandises d'un port de l'Océan dans un port de la Méditerranée, et réciproquement. C'est véritablement un transit *de mer à mer.*

Lorsque, au contraire, ce certificat n'est pas revenu dans le temps fixé par un acquit-à-caution qui accompagnait soit des objets importés à destination d'un entrepôt intérieur ou maritime, soit des objets à réexporter ou à diriger d'un entrepôt sur un autre, la peine est encourue dès que le terme expire.

Mais la pénalité varie selon que la marchandise était ou n'était pas prohibée.

Au premier cas, *payement de la valeur* (indiquée dans l'acquit-à-caution), et de plus *amende égale au triple de la valeur* (Loi du 9 février 1832, art. 6; loi du 29, article 4).

Si, pendant le trajet d'une marchandise à réexporter, une partie en a été soustraite, il n'est donné décharge que pour ce qui est réexporté, et le conducteur encourt une *amende égale à la valeur des moyens de transport, chevaux et voitures* (art. 7 de la loi du 9 février).

Pareille amende contre lui, si aux marchandises décrites il en a été substitué d'autres, et *confiscation de celles-ci* (même article).

Indépendamment de ces amendes, pour sûreté desquelles les voitures et autres moyens de transport sont retenus, à moins de payement immédiat ou de caution suffisante, l'acquit-à-caution n'ayant été déchargé qu'à la concurrence de ce qui est réexporté, et ne pouvant l'être aucunement s'il y a eu substitution de marchandises, le soumissionnaire est tenu de payer, au premier cas, *la valeur et la triple valeur des manquants*, au second cas, *la valeur et la triple valeur* des marchandises auxquelles d'autres marchandises ont été substituées (même art. 7).

Dans cette double hypothèse, la pénalité se règle sur la valeur portée en l'acquit-à-caution (loi du 9 février 1832, art. 6); mais, lorsque cet acquit est partiellement dé-

chargé, la valeur et par suite les amendes décroissent en raison proportionnelle des quantités réexportées.

Il est un dernier cas où le soumissionnaire et le conducteur sont encore passibles, chacun en droit soi, de toutes les peines ci-dessus, quelles que soient les marchandises présentées au bureau de sortie, et alors même qu'elles ne diffèrent pas de celles décrites en l'acquit-à-caution : c'est lorsque, les marchandises ayant été vérifiées, scellées et plombées d'après le mode autorisé par la loi du 9 février (art. 5), on vient à reconnaître que les plombs et cachets apposés sur le colis *intérieur* ont été levés ou altérés.

Les lois de 1832, ni aucune loi postérieure, n'ont rien innové au système pénal préexistant sur le transit des marchandises *non prohibées*. Si donc l'acquit-à-caution délivré en vue d'en assurer le transport en partant de la frontière ou pour y aller, n'est pas de retour au bureau du départ en temps utile et dûment déchargé, *quadruple droit de consommation et amende de* 500 *fr.* (art. 54 de la loi du 8 floréal an XI). A la vérité, cet article est, dans son texte, exclusivement relatif aux soustractions et substitutions commises dans le transit des denrées *coloniales;* mais la loi du 17 décembre 1814 (art. 5) se l'approprie, et en applique la pénalité au cas dont il s'agit.

Si, lors de la visite au bureau de destination, les marchandises mentionnées en l'acquit-à-caution se trouvent différentes dans l'espèce, *confiscation à prononcer contre le conducteur, avec amende de* 100 *fr.*, sauf son recours (*s'il y a lieu*) (1) contre le soumissionnaire (L. du 22 août 1791, tit. 3, art. 9).

(1) Il n'y aurait pas lieu, si le conducteur était complice de la fraude.

Lorsque la quantité est moindre, il n'est donné décharge que pour la quantité représentée ; en cas d'excédant, *double droit* (même loi, *ibid.*) ;

Le tout indépendamment des condamnations à poursuivre au bureau du départ contre le soumissionnaire et sa caution, pour cause de non-rapport du certificat de décharge, lequel n'est pas délivré en pareil cas, ou qui, du moins, ne doit l'être qu'à la concurrence des quantités représentées.

S'il s'agit de denrées coloniales, et qu'il y ait eu soustraction ou substitution, la peine est, comme on vient de le voir, le payement du *quadruple droit de consommation, avec amende de* 500 *fr.*, outre les autres peines auxquelles l'expéditeur s'est soumis pour le cas de non-rapport du certificat de décharge.

A l'égard des marchandises françaises expédiées par terre, en transit, *dont l'acquit-à-caution ne revient pas revêtu de son certificat de décharge*, et dans le temps prescrit, il faut aussi distinguer :

Si la marchandise n'était pas prohibée à la sortie, *double droit de sortie ;*

En cas de prohibition, *payement de la valeur et amende de* 500 *fr.* (L. du 22 août 1791, tit. 3, art. 12 et 13).

Lorsque des marchandises françaises, ou étrangères, ayant payé les droits, sont expédiées d'un port français à un autre port français, 600 *francs d'amende et payement de la valeur*, si l'acquit-à-caution n'est pas déchargé et ne revient pas dans les délais prescrits (L. du 4 germinal an II, titre 7, art. 1).

Enfin, si l'acquit-à-caution, non rapporté en temps utile avec son certificat de décharge, a été délivré pour assurer le transport des marchandises mentionnées dans cet acquit, d'un entrepôt dans un autre, et qu'il s'agisse

d'objets tarifés à l'entrée, il y a lieu au *double droit et à une amende de* 100 *fr.* (L. du 17 mai 1826, art. 20) ;

S'agissait-il d'objets prohibés, *amende de* 500 *fr. et la valeur des marchandises* (même loi, même article).

Les délais expirés, il doit être décerné contrainte (1) contre les soumissionnaires et cautions, pour amendes et valeurs des marchandises françaises ou étrangères, ayant payé les droits, et expédiées par mer d'un port français à un autre par acquit-à-caution non déchargé (L. du 4 germinal an II, tit. 7, art. 4).

(1) La *contrainte* est un acte expédié par un receveur ou autre préposé supérieur des douanes, pour accélérer le recouvrement des droits.

Elle est exécutoire par elle-même, sans qu'il soit besoin de jugement, et l'exécution n'en peut être suspendue par aucune opposition ou autre acte. (L. du 22 août 1791, tit. 13, art. 33).

Cependant la contrainte décernée pour non-rapport du certificat de décharge de l'acquit à-caution, peut être suspendue par la consignation dn simple droit (même loi, même titre, art. 32 et 33).

Les contraintes sont exécutoires par toutes voies, même par corps (même art. 32).

Elles doivent être visées, sans frais, par le juge de paix du canton (Lois du 4 germinal an II, et 14 fructidor an III); il ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, refuser le visa, à peine d'être, en son propre et privé nom, responsable des objets pour lesquels elles sont décernées (L. du 22 août 1791, tit. 13, art. 32).

Les contraintes, après avoir été visées, sont enregistrées et signifiées aux redevables.

Il faut que la contrainte soit visée. Sans cela elle ne serait pas exécutoire. Il faut aussi qu'elle soit enregistrée au bureau de l'enregistrement de la résidence des préposés instrumentaires, ou de celle de la partie à laquelle elle est notifiée, dans les quatre jours de sa date, *sous peine de nullité* (L. du 22 frimaire au VII, tit. 3, article 20).

Enfin, le receveur qui décerne une contrainte contre un redevable, doit fournir en tête extrait du registre contenant la soumission (L. du 22 août 1791, tit. 13, art. 31).

Néanmoins si, dans le terme de six mois après l'expiration du délai, les soumissionnaires rapportent le certificat en bonne forme, et délivré en temps utile, les droits et les amendes qu'ils ont payés leur sont rendus, moins les frais faits par l'administration (L. du 22 août 1791, tit. 3, art. 14).

L'acquit-à-caution délivré pour une marchandise à exporter par terre, ainsi que la soumission de l'expéditeur, indiquent le bureau de sortie, et limitent le délai sous lequel l'exportation à l'étranger devra être consommée, et l'on ajoute à ce délai celui de vingt jours seulement, pour rapporter l'acquit déchargé (L. du 17 mai 1826, art. 5). Jusqu'à ce temps, pas de contrainte.

Ce délai de vingt jours doit encore être observé à l'égard des marchandises expédiées en transit par voie de terre, avec direction sur un entrepôt intérieur ou maritime. A la vérité, le législateur ne l'a pas dit *expressis verbis ;* mais cela résulte implicitement de la loi du 27 février 1832, art. 4, précédemment transcrit.

Il en résulte encore que les peines encourues lorsqu'un bureau de sortie a constaté des manquants, des excédants ou des substitutions de marchandises, sont également applicables aux mêmes infractions commises pendant le transit pour mutation d'entrepôt.

Enfin, s'il s'agit de marchandises dont la sortie de France est défendue, ou qui soient sujettes à des droits de sortie, elles doivent être cordées et plombées, sauf les métaux non ouvrés, les vins et autres liquides (L. du 22 août 1791, tit. 3, art. 3). Or, le certificat de décharge ne peut être délivré qu'après vérification de l'état des cordes et des plombs (même loi, même titre, art. 8). Par conséquent, s'il vient à se découvrir des contraventions sous ce rapport, la peine est, comme on l'a dit ci-dessus,

le double droit de sortie, ou la valeur des objets et 500 fr. d'amende, selon que la marchandise est tarifée ou prohibée.

Un cas peu fréquent, sans doute, est celui d'un entrepositaire qui soustrait la chose par lui placée dans un entrepôt réel. Mais il s'en est vu des exemples, et, quand la contravention existe, il faut, pour l'application de la peine, distinguer le prohibé du non prohibé.

Si la marchandise soustraite était prohibée, la contravention est la même que celle d'importer par les ports ou bureaux de première ligne, sans déclaration exacte, des marchandises *prohibées à quelque titre que ce soit*. Par conséquent, *amende de* 500 fr., *confiscation des moyens de transport et de la marchandise*, s'ils ont pu être saisis (L. du 27 mars 1817, art. 15; L. du 22 août 1791, tit. 5, art. 1 ; L. du 4 germinal an II, tit. 2, art. 10).

Si la marchandise n'était pas prohibée, et qu'elle soit venue par mer, sa soustraction d'un entrepôt réel, pendant la durée de l'entrepôt, est une contravention pareille au débarquement de marchandises sans un permis de la douane, et alors autre distinction :

S'il s'agit d'une marchandise exempte de droits ou dont les droits ne s'élevaient pas à 3 fr., *amende de* 50 *fr.*, *et retenue d'une partie des marchandises pour sûreté de l'amende* (L. du 22 août 1791, tit. 2, art. 13 et 30).

Les droits s'élevaient-ils à 3 fr. ou plus, *amende de* 100 *fr.*, *et confiscation de la marchandise* (même loi, même art. 13).

Quand la marchandise est venue *par terre*, et qu'on l'a soustraite d'un entrepôt réel, c'est comme si l'on eût importé des marchandises tarifées et non déclarées au bureau où la déclaration aurait dû en être faite et le payement des droits effectué ; par suite, *confiscation de la*

marchandise, et amende de 200 *fr.* (L. du 27 mars 1817, art. 15 ; L. du 4 germinal an II, tit. 3, art. 4).

La raison de ces parités de peines se déduit de l'identité des contraventions comparées. En effet, tant que la marchandise est en entrepôt, on la répute à l'étranger (V. *suprà*, n° 53). La soustraire de cet entrepôt, c'est donc l'introduire en France en fraude de la prohibition ou des droits, en tout cas, au mépris de la loi, la marchandise ne fût-elle ni prohibée, ni tarifée ;

Car il ne peut être chargé sur les navires ou autres bâtiments, ni en être déchargé, *aucunes* marchandises, sans le congé ou la permission par écrit des préposés de la régie (L. du 22 août 1791, tit. 2, art. 13) ; ni en être importé par terre, sans être conduites directement au premier bureau d'entrée de la frontière (même loi, même titre, art. 1).

S'il y a eu soustraction (1) des marchandises entreposées *fictivement*, la peine est le double droit, indépendamment d'une amende qui peut être portée au double de la valeur (L. du 8 floréal an XI, art. 15).

L'on a vu *suprà*, n° 79, qu'on ne délivre pas d'acquit-à-caution, mais un simple permis d'embarquer pour les marchandises sortant d'un entrepôt réel ou fictif, et qu'on veut réexporter par mer. La peine du non-rapport de ce permis dûment régularisé, ou du rapport tardif, est *le payement de la valeur et une amende de* 500 *fr.* ou de 100 fr., selon que la marchandise est prohibée ou taxée (L. du 21 avril 1818, art 61 ; L. du 22 août 1791, tit. 2, art. 13).

Quand le détournement est découvert *hors de l'enceinte*

(1) Il ne faut pas confondre la soustraction dont il s'agit ici avec la translation *sans permis* dans un autre magasin, de laquelle il est parlé *suprà*, n° 73. Ce sont deux cas très-différents.

du port, il faut encore distinguer le prohibé du non prohibé.

Au premier cas, si la valeur s'élève à plus de 500 fr., l'amende est portée au taux de la valeur entière.

Au second cas, si la marchandise est taxée à 20 fr. ou plus par 100 fr., le *minimum* de l'amende est de 500 fr.; et, lorsque la marchandise vaut plus de 500 fr., l'amende est la valeur même de cette marchandise, à quelque taux que cette valeur s'élève (L. des 21 avril 1818, art. 34, et 28 avril 1816, art. 41).

Quand des marchandises ont été vendues soit en entrepôt, soit en transit, ou pendant la durée du permis d'embarquement (1), et qu'on vient ensuite à découvrir des contraventions que le vendeur avait commises avant le transfert accepté par la douane, celle-ci a-t-elle action contre les deux contractants ou l'un d'eux seulement, et contre lequel? *quid juris,* dans la même hypothèse, entre le cédant et le cessionnaire? (V. au chap. suiv. le § *Des vices rédhibitoires.*)

81.—Un inconvénient grave est inséparable des lois pénales en matière de douanes: presque toujours on y est renvoyé des unes aux autres, et de celles-ci à d'autres encore, partiellement abrogatoires ou modificatives de celles qui les ont précédées; en sorte que, fort souvent, le juge n'est pas moins embarrassé pour trouver la disposition qui s'applique au fait, que l'infracteur ou le contrevenant lui-même pour savoir quelle peine doit l'atteindre. Cependant la codification de ces lois sera toujours impossible, non-seulement par les considérations exposées *suprà,* n° 50, mais aussi vu les nouveaux faits industriels et

(1) A Nantes ce permis est appelé *permis de trente jours.*

commerciaux dont chaque jour est témoin, et les faits, encore plus étonnants peut-être, que l'avenir renferme.

Quelque chose qu'il en soit, c'est le propre des lois portées contre la fraude, de vouloir être appliquées à la rigueur, chaque fois que l'application en est demandée aux tribunaux. Sans cela, elles manqueraient leur objet. « Aucun juge, dit la loi (1), ne modérera ni les droits, « ni la confiscation, ni l'amende, *sous peine d'en répondre « personnellement.* » Une autre loi (2) défend expressément aux juges « d'excuser les contrevenants sur l'intention. » Il est donc de principe que la bonne foi, fût-elle évidente, n'excuse point l'infraction ou la contravention. Aussi a-t-on peine à s'expliquer un arrêt du 20 mars 1841, par lequel la Cour suprême a décidé qu'en fait de douanes, les délinquants âgés de moins de seize ans ont droit au bénéfice des art. 66 et 69 du Code pénal (3). Cette décision, à laquelle nous applaudirions les premiers si nous n'écoutions que les sentiments du cœur, n'en est pas moins contraire aux lois du 22 août 1791 et 4 germinal an II.

Car, dans cet ordre spécial de législation, nulle différence à faire entre les *délinquants* et les *contrevenants.* La Cour de cassation l'a déclaré elle-même dans un arrêt du 2 vendémiaire an XI (4). Une distinction à cet égard

(1) Du 4 germinal an II, tit. 6, art. 23.

(2) Du 9 floréal an II, tit. 2, art. 16, § 2.

(3) Le premier porte : « Lorsque l'accusé aura moins de seize « ans, s'il est décidé qu'il a agi *sans discernement*, il sera acquitté... » Dans l'art. 69 il est dit : « Dans tous les cas où le mineur de dix- « neuf ans n'aura commis qu'un simple délit, la peine qui sera « prononcée contre lui ne pourra s'élever au dessus de la moitié de « celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans. »

(4) En voici le sommaire : « En matière de douanes, il n'est pas « permis aux juges de rechercher l'intention et la bonne foi des pré-

aurait pour conséquence que, dans un cas donné, plus la faute est grave, plus elle est excusable.

Il faut l'avouer, des lois qui attachent la peine à la pure matérialité du fait, sans égard à l'âge, à la qualité, à l'intention de son auteur, et sans distinguer si le préjudice réel ou possible est d'une grande ou minime importance, ces lois, disons-nous, peuvent en certains cas paraître d'une sévérité extrême. Mais aussi que devient leur spécialité si l'on appelle le droit commun pour en mitiger la rigueur? Ne serait-ce pas les énerver et mettre à la disposition de la fraude des agents d'autant plus dociles et plus actifs qu'ils se croiraient toujours certains de l'impunité ?

D'ailleurs l'application, en matière de douanes, des art. 66 et 69 du Code pénal, nous semble une usurpation sur le pouvoir administratif; car la loi qui défend aux juges de remettre ou modérer les peines en excusant sur l'intention (1), dit implicitement que ce droit n'appartient

« venus. Un tribunal ne peut, à l'aide d'une distinction entre les « *contrevenants* et les *délinquants*, acquitter l'individu contre lequel « il existe un procès-verbal régulier d'une importation fraudu- « leuse. » Cela posé, dès qu'il n'y a pas à rechercher l'intention, qu'importe l'âge?

(1) Dans son arrêt susdaté (du 2 vendémaire an XI) la Cour de cassation s'exprime en ces termes : « En matière de contravention aux « lois des douanes, il n'est pas permis aux juges de rechercher l'in- « tention et la bonne foi des contrevenants; ils ne doivent examiner « que les faits, les rapprocher de la loi à laquelle il a été contre- « venu, et appliquer la peine qu'elle ordonne, *sauf aux prévenus à* « *se pourvoir, s'il y a lieu, devant l'autorité administrative, etc...* »

Les mêmes principes sont de nouveau proclamés dans un arrêt de la même Cour, du 20 juillet 1841, dont voici le sommaire (*J. du Palais*, 41, p. 70) : « Le fait, de la part d'un entrepositaire, d'avoir « extrait de l'entrepôt réel des marchandises déclarées pour la ré- « exportation à la place des marchandises destinées à la consom- « mation, suffit pour rendre cet entrepositaire passible des peines

qu'à la régie, et, de fait, l'exercice en est réglementé par l'arrêté des consuls du 14 fructidor an x, dont l'art. 1er porte : « L'administration des douanes est autorisée à « transiger sur les procès relatifs aux contraventions aux « lois qui régissent cette partie du revenu public, soit « avant, soit après le jugement (1). » Or, dans ce texte, nulle distinction entre les peines corporelles et les peines pécuniaires (2).

Un des motifs de l'arrêté consulaire est ainsi conçu : « Considérant que, s'il importe à l'intérêt public de ré « primer sévèrement les fraudeurs, il est aussi de l'équité « de ne pas appliquer rigoureusement les peines de la « fraude à ceux auxquels on ne peut reprocher qu'une er- « reur ou l'ignorance des règlements. »

Il faut rendre à l'administration des douanes la justice de reconnaître qu'elle use paternellement du pouvoir qui lui est confié. Elle admet toujours en faveur des contrevenants les distinctions interdites aux juges, et que la loi ne pouvait préciser. La régie n'est sévère qu'à l'égard du fraudeur d'habitude, ou de la fraude évidemment intentionnelle et grandement préjudiciable.

« prononcées par la loi du 21 avril 1818, quelle que soit d'ailleurs « sa bonne foi. » Il existe, dans le même sens, un arrêt de la Cour suprême, du 10 mai de la même année.

(1) Cet arrêté ne fut point inséré dans le bulletin des lois. Mais, par arrêt du 20 juin 1820, la Cour de cassation a jugé que cette insertion n'était pas nécessaire pour que l'arrêté reçût son exécution. En effet, c'est un règlement d'administration et de police intérieures.

(2) Par arrêt du 20 mars 1830, la Cour suprême a décidé que l'effet des transactions soit sur les peines civiles, soit sur les peines correctionnelles, est d'arrêter les poursuites du ministère public. Elles font même cesser l'effet des condamnations correctionnelles ou pécuniaires. Ainsi l'a jugé, et bien jugé, la Cour de Pau le 9 décembre 1833.

Ainsi le voyageur non-commerçant, le passager habituel pour opérations de commerce, le capitaine et les gens de l'équipage, les négociants eux-mêmes, présentent souvent des cas dans lesquels l'administration fait plus ou moins fléchir la rigueur des règlements, selon l'importance et les circonstances de la contravention.

Il est fort rare, même après jugement, que l'intégralité des peines soit exigée. Ordinairement on transige avant toutes procédures, et sur le seul procès-verbal affirmé devant le juge de paix (1).

Quand l'objet de la fraude est de minime valeur (cas fréquent), il n'est même pas dressé de procès-verbal. Si l'on a *verbalisé*, et que la saisie soit maintenue, tout se borne à placer l'objet saisi dans un dépôt que l'on appelle en douane le *dépôt des minuties*, pour être ultérieurement adjugé en vente publique, à charge de réexporter.

En un mot, dans la répression des contraventions, la régie est toujours guidée par un esprit de sagesse et de modération essentiellement protecteur du commerce fait avec probité.

82. — La fraude ou la contrebande n'est pas seulement le fait d'un mauvais citoyen ; c'est, en même temps,

(1) « Les transactions sont définitives,

« 1° Avec l'approbation du directeur sur les lieux, lorsquo, sur les « procès-verbaux do contraventions et saisies, les condamnations de « confiscations et amendes à obtenir ne s'élèveront pas à plus de « 500 francs;

« 2° Avec l'approbation du directeur général, lorsque lesdites con« damnations s'élèveront de 500 fr. à 3,000 francs;

« 3° Avec l'approbation du ministre des finances, lorsqu'elles « s'élèveront de 3,000 fr. à 10,000 francs;

« 4° Avec arrêté des consuls (un décret impérial), lorsqu'elles « s'élèveront à plus de 10.000 francs. » (Art. 2 do l'arrêté susdit.)

une sorte de vol, une injustice relative à tous les commerçants honnêtes et fidèles observateurs des lois du pays (V. t. 1, nos 49-52, et notamment ce dernier numéro). Aussi la loi s'arme-t-elle d'une juste sévérité contre les complices d'un fait grave de contrebande, soit comme assureurs, soit comme ayant fait assurer, ou de toute autre manière. Outre les peines pécuniaires et quelquefois corporelles dont ils sont passibles, ils sont frappés de l'incapacité de se présenter à la Bourse, d'exercer les fonctions d'agent de change ou de courtier, de participer aux élections commerciales, et d'y être élus à aucunes fonctions. C'est une dégradation (*capitis diminutio*) dont le droit de grâce peut seul le relever (L. du 28 avril 1816, art. 53; L. du 21 avril 1818, art. 37).

3° De la propriété du navire au cours de sa construction, et sa construction achevée; de sa vente volontaire, et de la transcription en douane de l'acte de vente ou transfert.

SOMMAIRE.

83. Coup d'œil rapide sur la sublimité de l'invention du navire, et sur son utilité sociale et commerciale; moyens merveilleux à la faveur desquels il accomplit sa fin; courte énumération des grands intérêts qui s'y rattachent.
84. Indication des diverses manières dont la propriété peut en être acquise; son acquisition n'est considérée dans le présent paragraphe que sous le double rapport de sa construction pour compte (l'ouvrier fournissant la matière), et de sa vente volontaire.
85. Du devis et marché pour la construction d'un navire; principales conditions qu'il est ordinaire de stipuler touchant la construction et les termes de payement; déclaration

qui doit être faite du navire achevé ; son jaugeage officiel ; formalités à remplir d'abord devant le juge de paix, ensuite en douane pour obtenir l'acte de *francisation* et un congé ; en quoi ces deux actes consistent ; leur objet respectif.

86. On peut vendre et délivrer, comme toute autre chose mobilière, et par les mêmes modes de constatation, un navire achevé qui n'est pas encore francisé.

87. *Secùs* de la vente d'un navire francisé ; deux manières seulement de constater cette vente ; formalités à remplir selon que la constatation a lieu par acte public ou par acte sous seings privés ; que devient l'acte de francisation.

88. Raison et nécessité de ces diverses formalités sous le quadruple rapport de l'intérêt des parties, de l'intérêt des tiers, des besoins d'une bonne administration et d'une bonne police de la mer.

89. Examen du point de savoir si la vente d'un navire est radicalement nulle, même de l'acheteur au vendeur, et réciproquement, lorsqu'elle est contractée de quelque autre manière que par un acte public ou sous seings privés, *v. g.*, par la correspondance ; solution affirmative donnée par les auteurs, et résumé des raisonnements sur lesquels ils se fondent ; une autre raison.

90. Un navire inachevé qui se construit à l'entreprise ne peut être partiellement livré.

91. Conséquences quant aux risques ; l'obligation du constructeur est une *vente à livrer*.

92. Si, le navire encore inachevé, l'entrepreneur tombe en faillite, ceux qui, sur son ordre *seul*, ont fourni et travaillé à la construction, invoqueraient-ils à bon droit le privilége introduit par le 8e paragraphe de l'art. 191 du Code de commerce ?

93. Lorsqu'un armateur dont le navire qui se construit à l'entreprise n'est pas encore achevé, en traite avec un tiers, il ne contracte aucune vente ; quelle est la nature du contrat formé dans ces circonstances, et quels en seront les effets si l'entrepreneur manque.

94. Un armateur traitant de son navire achevé et construit *par*

économie, contracte une vente qui peut être suivie de la tradition sur chantier; effet de la vente sous le rapport des risques; effet de la tradition quant au transport de la propriété, par rapport aux parties et aux tiers.

95. Alors même que la construction se fait à l'entreprise, une fois le navire achevé, il peut être livré sur chantier.

96. Mais la tradition sur chantier est un cas exceptionnel; l'usage est de convenir que le navire sera livré par sa *mise à l'eau;* aux frais et périls de qui a lieu cette mise à l'eau; les ouvrages additionnels qui seront ultérieurement faits au navire ne retardent point le transport de la propriété; ils retardent seulement l'exigibilité du prix, ou de la partie du prix non encore payée.

97. Après la tradition par la mise à l'eau, le contrat peut-il être résolu pour vices cachés? *renvoi.*

98. Pourquoi la douane reste étrangère aux transactions quelconques dont le navire peut devenir l'objet, aussi longtemps qu'il n'est pas *francisé.*

99. Dès que le navire est francisé, il ne peut plus être transmis à l'égard des tiers par les mêmes moyens que les autres choses mobilières; nécessité, sous ce rapport, de la transcription *en douane.*

100. Son effet par rapport aux tiers.

101. Pour qui sont les risques depuis la vente jusqu'à la transcription.

102. Effet de la transcription par rapport à la douane; elle opère novation par la substitution des engagements de l'acheteur aux engagements du vendeur envers elle.

103. Le présent paragraphe s'applique indifféremment aux navires à vapeur et aux navires à voiles; ce que le mot *navire* signifie en douane au point de vue de la francisation, *in notis.*

104. Transition au paragraphe suivant.

83. — Parler du navire, c'est parler du chef-d'œuvre de l'industrie humaine. Nulle autre invention de l'homme n'est aussi fortement empreinte de génie, d'intelligence,

d'audace; nulle autre non plus n'en surpassa jamais l'importance sociale et commerciale.

Que de méditations et d'études, que d'essais, quelle persévérance pour perfectionner cette machine, et en approprier toutes les parties à sa fin !

Comment n'être pas saisi d'admiration au spectacle de ce véhicule voguant majestueusement sur l'abîme des mers, tantôt à la faveur des vents dont un art merveilleux discipline les efforts et dirige les effets; tantôt, malgré leur inertie ou leur fureur, qu'un art plus merveilleux encore, s'il est possible, réduit à l'innocuité ou à l'impuissance !

Car l'homme n'a pas seulement trouvé le secret de maîtriser la foudre, et découvert dans un fluide invisible un guide sûr, un moniteur assidu des moindres déviations du navire. Il lui est donné aujourd'hui de dominer les éléments les plus redoutables et les plus impatients du joug, de les comprimer, de les dilater au gré de son vouloir (1). On dirait qu'émule du Tout-Puissant, lui aussi, dans une création secondaire, *a fait les vents ses messagers, et son ministre le feu dévorant* (2). Voilà par quels prodiges, bravant les marées, défiant les tempêtes, et se jouant parmi les tonnerres qui s'éteignent et se taisent à son aspect, il franchit en dominateur, quels que soient le

(1) La France peut, à bon droit, revendiquer l'invention des navires à vapeur. Dès 1783, le marquis de Jouffroy avait fait à Lyon, sur la Saône, un grand nombre d'expériences sur un bateau de plus de cent tonneaux, dont la pompe à feu était le moteur unique. Fulton, né en 1767, n'a donc pas inventé le *steam-boat*. Mais à lui seul appartient la gloire, et cette gloire suffit à l'immortaliser, d'avoir vaincu des obstacles dont nul, avant lui, n'avait pu triompher.

(2) Qui facis angelos tuos spiritus, et ministros tuos ignem urentem. (*Psal.* 103.)

calme ou les agitations de la mer et de l'air, l'immensité des espaces que mille obstacles naturels semblaient avoir rendus éternellement infranchissables.

C'est la navigation qui a exploré les contrées les plus lointaines, et y a porté le christianisme propagateur de la civilisation et de la liberté; c'est par elle que, sur la grande voie de l'Océan, s'établit cet échange continuel des productions de la nature et des œuvres de l'industrie dans les deux hémisphères.

L'instrument indispensable de ce commerce *qui pourvoit aux besoins de la société universelle des hommes* (1), nous avons presque dit son instrument unique, c'est le navire.

Aussi chez les peuples navigateurs et commerçants, le navire a-t-il toujours été l'objet de la sollicitude du législateur. Mais il a surtout préoccupé les législations depuis la renaissance du commerce européen jusqu'à nos jours. Construction, nationalité, copropriété, armement du navire, son expédition sous la conduite d'un capitaine et d'un équipage, son affrétement, les dangers qu'il court, les sinistres qu'il éprouve, organisation et surveillance des marins, police générale de la mer ouverte à tous et libre à tous, tels sont les grands intérêts qui ont constamment été l'objet de l'attention des gouvernements et du commerce.

84. — Nous devenons propriétaires d'un navire en le faisant construire pour notre compte, ou en le construisant nous-mêmes pour nous-mêmes. On en devient encore propriétaire, soit en l'achetant tout fait en vente volontaire, administrative ou judiciaire, soit enfin par donation ou

(1) Discours préliminaire du Code civil.

par hérédité. La succession, la donation, l'expropriation en justice et la vente administrative sont hors de notre sujet. Il ne nous reste donc que la construction et la vente volontaire. Voyons d'abord le cas de la construction.

85. — Lorsqu'un négociant veut qu'on lui construise un navire *à l'entreprise* ou *à forfait* (expressions synonymes), ce négociant contracte deux marchés et devis distincts: le premier avec un constructeur pour la construction du *corps*, autrement dit *la coque* du navire; le second, avec ce constructeur ou toute autre personne pour la confection et la fourniture des mâts et du gréement, des boiseries, cuivres, etc., en un mot, pour les travaux accessoires et complémentaires du navire. Tel est l'usage dans le port de Nantes et tous les autres ports du continent ou des colonies.

Un second moyen, c'est la construction *par économie;* mais alors la convention est un louage d'ouvrage (*locatio operarum*), et nous n'avons pas à nous en occuper. Faisons observer seulement que le *conductor* est ici propriétaire *ab initio* de tout ce qui entre dans la construction; qu'il le devient du navire, *absque ullâ traditione*, dès que le navire est construit, et par cela seul qu'il est construit.

Le devis à forfait détermine avec une grande précision les dimensions et la qualité des principales pièces qui composeront la coque, ainsi que des clous et chevilles qui les lieront ensemble; il dit, en outre, quels seront le tonnage du navire et son espèce, l'époque de sa mise à l'eau, les termes de payement; en un mot, il exprime toutes les conditions de la construction.

Quelquefois c'est un constructeur qui donnè *le trait* (1)

(1) Expression usitée sur la place de Nantes, pour signifier *le plan.*

du navire, et le fait exécuter par un entrepreneur dont il surveille les travaux. Souvent aussi l'entrepreneur est en même temps le constructeur, et l'on convient que le prix sera compté à des époques marquées par la progression de l'ouvrage, ou lorsque la construction sera complétement achevée.

Dans la pratique la plus ordinaire, les termes sont ainsi convenus : un tiers du prix lorsque le navire s'élève sur quille; un tiers après la pose des préceintes (1); le dernier tiers, après la mise à l'eau.

Mais cet édifice, bien qu'il soit à flot, ne deviendra véritablement un navire que quand il aura ses mâts et son gréement, encore ne le sera-t-il alors que d'une manière imparfaite; car une condition sans laquelle il ne peut pas plus atteindre sa fin, la navigation (2), que s'il n'était ni mâté, ni gréé, c'est son introduction officielle dans la grande famille des *bâtiments français*, et, pour cela, plusieurs formalités seront à remplir par le propriétaire.

La coque (3) une fois construite, il faudra sur-le-champ en avertir la douane, qui chargera un préposé de s'y transporter pour en vérifier la description et le tonnage. Sur le rapport de ce préposé, personnellement responsable de son opération, un certificat de jaugeage sera délivré par la régie. De son côté, le constructeur délivrera un certificat de construction. Ces deux pièces, assujetties au tim-

(1) Les préceintes sont de fortes pièces de charpente qui lient le navire en dehors; leur épaisseur est ordinairement plus que double de celle du bordage.

(2) Navis etenim ad hoc paratur ût naviget. L. 12, § 1, D., *De usuf.*

(3) En douane, on dit *le corps d'un navire*, ce qui signifie la *coque* avec ses bas mâts, ses porte-haubans, et ses chaînes ou lattes de porte-haubans.

Les haubans sont des cordages destinés à soutenir les mâts tribord et babord contre les mouvements du roulis..

bre, et auxquelles l'armateur (1) joindra la liste de ses coïntéressés, s'il en a, seront présentées au juge de paix; celui-ci dressera *l'acte d'affirmation de la propriété*, l'armateur le signera, et, moyennant une expédition de cet acte, qui sera transcrite en douane, la régie délivrera *l'acte de francisation* (2), dont la souche sera signée par le propriétaire et les intéressés, s'il en existe.

Mais, avant tout, il faudra que l'armateur ait *juré et affirmé*, entre autres choses prescrites par l'acte de navigation du 21 septembre 1793 (art. 2), et par la loi du 27 vendémiaire an II (art. 13), qu'il est seul propriétaire, ou conjointement avec les intéressés dont il aura déposé la liste, *v. g.*, d'un brick, d'un lougre, d'un chasse-marée (3) auquel il a donné tel nom, jaugeant tel nombre de tonneaux, appartenant à tel port, construit en tel endroit et en telle année.

(1) On appelle armateur, non-seulement le négociant qui affrète et arme un navire pour le commerce ou la course, mais encore le propriétaire, et même celui pour qui un navire est en construction.

(2) Il faut encore préalablement fournir la soumission et le cautionnement exigés par les art. 13 et 16 de la loi du 27 vendémiaire an II.

L'acte de francisation n'est pas délivré sur-le-champ. Le projet en est adressé au directeur général par le bureau qui a reçu le cautionnement et la soumission, le directeur général transmet ce projet au ministre des finances, et celui-ci délivre l'acte de francisation *au nom de l'Empereur*. Cet acte est sur parchemin et revêtu de la signature autographe du ministre.

En attendant, si le navire est sur le point d'appareiller, la douane délivre un acte provisoire, sauf l'échange qui en sera fait dans un délai déterminé, contre l'acte définitif. Des précautions sont prises pour forcer le capitaine à venir faire cet échange, à moins qu'il n'en soit empêché par un cas fortuit.

(3) Le *chasse-marée* est une embarcation de la côte de basse Bretagne; il est bon *boulinier*, c'est-à-dire, il marche bien au plus près du vent, et dérive peu. Marcher au plus près du vent, c'est faire route en s'écartant le moins possible de la direction du vent.

D'après la loi de l'an II, l'armateur devait aussi affirmer par le même serment qu'aucun étranger n'était intéressé au navire directement ou indirectement (1). Mais une grave modification a été faite à ces lois par celle du 13 juin 1845, dont l'art. 11 est ainsi conçu : « L'ar- « ticle 2 de la loi du 21 septembre 1793 est abrogé dans « la disposition qui porte qu'aucun bâtiment ne sera ré- « puté français, s'il n'appartient pas entièrement à des « Français.

« Toutefois, la moitié de la propriété devra appartenir « à des Français.

« Les art. 12 et 13 de la loi du 27 vendémiaire an II « sont modifiés conformément aux dispositions des paragraphes précédents. » Désormais il suffit donc de *jurer et d'affirmer* que la moitié au moins du navire est propriété française. Cette innovation, sollicitée par le haut commerce, lui est favorable en ce qu'elle appelle l'association des capitaux étrangers ; mais, sous d'autres rapports, est-

(1) Depuis longtemps la régie admet, par tolérance, une exception à cette règle pour le cas où une société, soit anonyme, soit en commandite par actions, a fait construire un navire dont l'exploitation est l'objet de cette société. Toutefois le directeur est tenu de justifier que le navire a été construit en France, et qu'il appartient à la société dont il est le chef. Il est tenu, en outre, de souscrire comme directeur les soumissions voulues par la loi; mais on le dispense du serment, ce qui prouve que des étrangers peuvent être porteurs d'actions. Il existe à cet égard plusieurs décisions de la régie des douanes.

Peuvent aussi être francisés, à certaines conditions déterminées par la loi, 1° le navire pris sur l'ennemi et déclaré de bonne prise; 2° le navire confisqué pour contravention aux lois de France; 3° le navire étranger jeté sur la côte de France, lorsqu'il est tellement endommagé que le propriétaire ou l'assureur aime mieux le vendre que de le faire radouber; 4° les navires et embarcations de constructions étrangères provenant d'épaves, et que la marine fait vendre à défaut de réclamation immédiate.

elle bien conforme à l'intérêt national, et que pourrait-il en résulter si (*quod Deus avertat*) la guerre éclatait entre les Anglais et nous, et qu'ils fussent propriétaires avec d'autres étrangers, alliés ou neutres, de la moitié des navires du commerce français?

En même temps que l'acte de francisation, il sera délivré un *congé*. Le congé n'est pas moins nécessaire que l'acte de francisation dont il est indépendant. C'est pourquoi il doit exprimer aussi, outre l'origine et le port d'attache du navire, son tonnage, son *état* (1) et celui du propriétaire.

L'acte de francisation a pour objet, comme on le voit, de constater authentiquement que le navire est français, qu'un ou plusieurs Français en sont, pour le moins, mipropriétaires, et que l'armateur et lui ont le droit de naviguer sous pavillon français; le congé, mettant ce droit en action, leur permet de prendre la mer, à la condition de se représenter au port du départ dans un délai que les règlements déterminent (2).

Ainsi, par l'effet des formalités prescrites, le navire aura sa consistance, et, en quelque sorte, sa personnalité. Il sera le premier garant des faits de son capitaine, et (qu'on nous passe l'expression) contraignable par corps. Avec un nom propre qui ne pourra plus être changé (3), il

(1) De brick, de cutter, de trois-mâts, de goëlette, etc.

(2) Un an pour tous les navires, quel que soit le tonnage (L. du 6 mai 1841, art. 20).

La loi de vendémiaire an II (art. 11) défendait de vendre aux étrangers des navires construits en France, et, aujourd'hui encore, l'armateur qui expédie son navire, doit sa soumission à le représenter. Mais la loi du 21 avril 1818 (art. 2) ayant permis l'exportation des navires à toute destination, moyennant un droit de deux francs par tonneau, la soumission se résume véritablement en cette alternative : *Je représenterai le navire, ou je payerai le droit.*

(3) L. du 2 juillet 1836, art. 8.

aura un domicile réel et ses juges naturels, en un mot, un état civil et politique.

86. — Voilà pour le navire neuf, pour le navire achevé qui n'a pas encore reçu la francisation. On peut le vendre à cet état; il pourrait même être livré. Mais alors la vente et la livraison resteraient soumises aux principes généraux des *achats et ventes* (1) et de la tradition ordinaire.

87. — D'autres règles gouvernent la vente et la tradition du navire francisé.

D'abord, quant à la vente, elle doit, porte l'art. 195 du Code de commerce, *être faite par écrit, et peut avoir lieu par acte public, ou par actes sous signatures privées.*

Ici le Code se réfère en partie à l'art. 18 de la loi du 27 vendémiaire an II, et il y déroge en partie :

Il s'y réfère en ce qu'il y est dit que la vente peut être faite par acte public, c'est-à-dire, comme le porte la loi de vendémiaire, *par-devant un officier public, v. g.*, un notaire ou un courtier (2) ;

Il y déroge en ce que cette loi ne permettait pas l'acte sous seings privés.

Si le navire est vendu dans son entier, et qu'il le soit

(1) Art. 109 du Code de commerce.

(2) L. du 27 vendémiaire an II, art. 18. — Il résulte d'une décision du ministre des finances, du 26 pluviôse an VII, que les ventes volontaires de navires peuvent être faites devant les tribunaux de commerce, et même devant les greffiers de ces tribunaux. (Décision du grand-juge, ministre de la justice, du quatrième jour complémentaire de l'an X.)

Les courtiers de marchandises ont aussi caractère pour constater ces ventes, comme les notaires et les courtiers maritimes. (Lettre du ministre des finances, du 15 ventôse an XII.)

par acte public, une expédition de cet acte, présentée à la douane, est transcrite *in extenso* sur le registre-souche des francisations, lequel sera signé par l'acheteur seulement, puis inscrite sur l'acte de francisation, que le vendeur a dû lui remettre.

La raison de cette remise, c'est que la francisation s'attache au navire, et non à la personne. L'acte qui la confère au navire, avec les avantages de la nationalité (1), appartient donc de plein droit à l'acquéreur, comme un accessoire essentiel sans lequel la chose vendue ne peut atteindre sa fin. Aussi ne voit-on jamais, dans toute l'économie de la loi, figurer séparément l'acte de propriété et l'acte de francisation. Ce sont deux corrélatifs qui, l'un sans l'autre, seraient, à bien des égards, de nulle efficacité.

Quand l'acte est sous seings privés, il doit être affirmé devant le juge de paix; vient ensuite l'enregistrement en douane, signé de l'acheteur et du vendeur, puis la transcription de l'acte de francisation sur le billet de vente.

Mais, qu'il ait traité par acte public ou par acte sous seings privés, le nouveau propriétaire a dû, avant tout, fournir les soumissions cautionnées que la loi exige. (V. *infrà*, n° 102.)

Lorsque le navire est vendu partiellement, la vente est inscrite au dos de l'acte de francisation par le préposé du bureau *qui en tient registre*. C'est la tradition civile et virtuelle d'un *quirat*, d'une portion. Dans ce cas, il faut que la caution du précédent quirataire ou portionnaire accède à cette mutation de propriété ou que la caution présentée par l'acheteur étende son cautionnement aux autres propriétaires.

(1) V. la loi du 13 mai 1791, article unique, et l'acte de navigation du 21 septembre 1793, art. 3 et 4. On y trouve l'énumération des priviléges de la nationalité. (V. la note 2 de la page 151.)

En un mot, les droits de chaque intéressés doivent être inscrits au dos de l'acte de francisation. C'est une conséquence de l'art. 17 de la loi du 27 vendémiaire an II (V. pourtant la note de la p. 145).

Mais si le navire est vendu *en voyage* (art. 193 Code comm.), le capitaine étant tenu d'avoir toujours à bord l'acte de francisation (art. 226), il est évident qu'on ne peut le transcrire nulle part, ni rien y inscrire. L'accomplissement des formalités en douane restera donc suspendu jusqu'au retour du navire. Nous verrons, en son lieu, l'effet de cette suspension.

88. — Parmi les formalités dont on vient de voir une courte indication, les unes étaient réclamées par l'intérêt des parties et des tiers, les autres commandées par le besoin d'une bonne administration, et par la nécessité d'une bonne police de la mer.

Aux parties contractantes il importe éminemment que la mutation de propriété ne reste pas, un seul instant, dans les incertitudes d'une date équivoque et les éventualités de la preuve testimoniale ; car, par ses conventions ou son fait, le capitaine ou l'armateur peut affecter le navire à des dettes, et cette affectation subsistera tant que le navire *n'aura pas fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur* (art. 193 C. comm.). Or, sans un acte public ou sans un écrit privé, acquérant date certaine par son affirmation en justice, que d'embarras et de procédures pour parvenir à savoir (encore le saurait-on rarement d'une manière indubitable), si la vente existe, et si l'affectation l'a précédée ou suivie !

D'un autre côté, sans le transfert et l'enregistrement en douane, comment les tiers pourraient-ils être informés du changement de propriétaire ? « Le registre des franci-

« sations et la transcription qui doit s'y faire de tout acte « de mutation, dit fort bien la Cour d'Aix (1) sont, à l'é« gal du registre des transcriptions en matière d'immeu« bles, destinés à tenir les tiers au courant des divers chan« gements que la propriété des navires peut éprouver, et « il suffit à tout tiers intéressé de se tenir au courant de « ce registre public, pour être parfaitement instruit. »

Les rapports de l'État avec le navire commandaient aussi toutes ces formalités, car il n'importe pas moins, il importe même plus à l'intérêt public qu'aux intérêts privés, que la propriété ne soit pas incertaine, ni le propriétaire inconnu. En effet, par des considérations d'un ordre supérieur, la loi veut que le navire français jouisse seul des priviléges de la nationalité (2). Or comment lui en assurer la jouissance exclusive, si l'on n'avait pas les moyens de découvrir les simulations et les fraudes, et de les réprimer ? Ce n'est pas tout ; le devoir du gouvernement est de surveiller les marins, de protéger leur existence, de les suivre jusqu'aux extrémités du monde et de les ramener dans leur patrie.

Enfin, la police générale de la mer, que pourrait-elle

(1) *Recueil de Mars.*, 6, 1, 20; arrêt du 22 décembre 1824.

(2) Cromwell défendit d'introduire dans les ports d'Angleterre des marchandises ou denrées d'une autre provenance que du pays d'où les navires seraient partis. En outre, le cabotage ou transport de marchandises d'un port anglais à l'autre, fut exclusivement réservé aux navires anglais. « De là, dit Valin (liv. 3, tit. 1, art. 1), ce pro« digieux accroissement du commerce et des forces maritimes des « Anglais. De là aussi cet orgueil qui leur a persuadé qu'ils pou« vaient tout oser, au mépris des lois les plus sacrées. »

A l'époque du fameux acte de navigation de Cromwell (1651), l'état de notre marine et de nos affaires ne nous permettait pas d'user de représailles. Ce soin était réservé à la Convention nationale. Notre acte de navigation est, à bien dire, calqué sur celui de Cromwell, heureux usurpateur dont on porta le deuil à la cour de Louis XIV.

être, si chaque navire n'avait pas toujours l'obligation et la possibilité de prouver son état civil, son individualité, sa nationalité ? Aussi est-il reçu chez tous les peuples civilisés que le navire ne peut ni naviguer, ni relâcher *incognito*. Au large ou dans le port, il est tenu de dire qui il est, à qui il appartient, d'où il vient, où il va. S'il pouvait s'en dispenser, la mer ne serait plus que le théâtre sanglant d'une affreuse piraterie.

89. — Des auteurs graves ont examiné et résolu affirmativement la question de savoir si la vente d'un navire est *radicalement* nulle, même de l'acheteur au vendeur, et réciproquement, lorsqu'elle n'est pas constatée par un acte public, ou par un acte *sous seings privés*. La nullité est radicale, ont-ils dit, car l'art. 195 du Code de commerce est une dérogation formelle à l'art. 1583 du Code civil, et voici leurs preuves, en résumé :

L'art. 195 est précis dans son texte. Or, ce texte est spécial aux ventes de navires ; il est donc limitatif à la forme qu'il prescrit.

Veut-on connaître autrement cette intention de la loi, qu'on jette les yeux sur l'art. 109, titre *des achats et ventes*. On les constate, dit cette loi, par *actes publics*, par *actes sous signatures privées.....*, par *la correspondance*. La correspondance est donc un mode de contracter distinct de l'acte sous seings privés, et Locré (t. 3, p. 30), nous avertit que l'art. 195 fut ainsi rédigé, afin d'exclure tout autre mode de constatation.

Une preuve de plus, c'est l'art. 226 d'après lequel le capitaine est tenu d'avoir à son bord, entre autres pièces, *l'acte de propriété du navire* ; disposition à peu près inexécutable si la vente était contractée par la correspondance, et d'une exécution tout à fait impossible, si l'on a négocié

de quelque autre manière que de l'une de celles prescrites par l'art. 195.

Nous n'ajoutons qu'un mot : l'accomplissement des formalités en douane serait de toute impossibilité, et, par suite, le navire ne naviguerait jamais sous le nom du vrai propriétaire.

90. — Il reste à déterminer la position des parties l'une à l'égard de l'autre, et à l'égard des tiers, tant que le navire est inachevé, ou que, étant achevé, il n'est pas encore lancé; les conséquences, en droit, de sa mise à l'eau, les effets de sa vente depuis qu'il est francisé, et de la transcription de la vente en douane.

Il est d'usage que celui pour qui l'entrepreneur à forfait construit un navire, en surveille la construction afin de s'assurer que toutes les pièces, tous les matériaux sont fournis et travaillés, assemblés et liés conformément au devis et aux règles de l'art. Cette surveillance incessante, d'où résulte la preuve d'une vérification attentive, pourrait, au premier aspect, induire à croire que le payement des deux termes dont il est parlé *suprà*, n° 85, implique, à la concurrence des deux tiers, la tradition et la réception de l'ouvrage. Il n'en est pourtant rien, et cela par la plus simple des raisons : ce que l'entrepreneur s'engage à livrer, ce n'est pas la construction tripartite et progressive dont l'achèvement formera un navire ; c'est le navire même que cette construction aura formé. Or un navire est un tout, et un tout ne saurait exister avant les parties qui le constituent (1) ; d'un autre côté, point de parties possi-

(1) Navis non est priusquàm totam speciem et formam navis habeat, ut neque res cæteræ, cùm dici soleat à prudentibus nostris, non minùs quàm à philosophis, substantiam cujusque rei ex formâ

bles d'un tout qui n'existe pas. L'obligation de livrer un navire est donc, *per rerum naturam*, une obligation indivisible qui ne peut s'accomplir que quand le navire existe.

91. — Par conséquent, si le navire vient à périr au cours de sa construction, pour l'entrepreneur la perte, et rien n'est plus conforme à la nature de son obligation. Cet entrepreneur a promis ce qu'il n'avait pas, ce qui n'existait même pas lors du contrat. Il contractait donc une *vente à livrer*. Or, dans la vente à livrer, la chose est aux périls du vendeur jusqu'à la tradition ou la mise en demeure. Cela est des premiers éléments.

On voit que les à-compte versés pendant la construction ne sont pas des payements ; ce sont des *avances*.

92. — Le double principe que l'entreprise à forfait de la construction d'un navire est une vente à livrer et constitue, de la part du vendeur, une obligation indivisible *solutione*, n'est pas toujours d'une application sans difficulté. Il en est surgi de graves controverses dont nous renvoyons l'examen au chapitre *de la Faillite*, etc. ; notamment sur le point de savoir si, l'entrepreneur venant à manquer, ceux qui, par son ordre *seul*, ont fourni et travaillé à la construction, ont droit au privilége introduit par l'art. 191, § 8, du Code de commerce (1).

93. — Sous beaucoup d'autres rapports, le même principe est d'un haut intérêt dans ses conséquences. Par

existimandam, et formam illam esse quæ dat esse rei (Faber, *Ration.*, ad leg. 6, D., *De rei vindic.*).

(1) Au reste, d'après cette disposition de la loi, le navire fût-il achevé, *imò* fût-il lancé, tant qu'il *n'a pas fait de voyage*, la question est la même.

exemple, quand je traite avec Jacques pour 40,000 fr., comptés comptant, du *trois-mâts* que Salomon s'est chargé de lui construire au prix ferme de 60,000 fr., et qui est aux deux tiers construit et payé, notre convention est-elle une vente, et de quelle espèce? Ce ne saurait être une *vente à livrer*, puisque Jacques ne m'a promis aucun navire; ce n'est pas non plus une vente *à terme ou sans terme de livraison* (1), car, ne possédant pas ce qui est construit, Jacques n'en peut transmettre la possession à personne. Or, il faut qu'une vente soit *à livrer*, ou qu'elle soit *à terme*, ou *sans terme de livraison*; on n'en connaît pas d'autres. Quel est donc notre contrat, et qu'en adviendra-t-il, si l'entrepreneur manque? (V. encore le chapitre *de la Faillite.*)

94. — Le cas est bien différent, lorsque je traite avec vous de votre brick achevé, construit *par économie*. Alors j'achète un tout, un corps certain, dont vous êtes possesseur et propriétaire. Nous pouvons donc convenir qu'il me sera livré sur chantier (2). La vente et la tradition auront, entre nous comme à l'égard des tiers, absolument le même effet que s'il s'agissait de tout autre objet mobilier. Notre accord inconditionnel sur la chose et le prix m'avait transmis les risques; la tradition me transmet la propriété, et la francisation me regarde.

95. — Or, la convention que j'ai faite avec vous de me livrer sur chantier, j'aurais également pu la faire avec

(1) V. t. 4, n° 50, ce qu'on doit entendre par ces expressions.

(2) Cette tradition peut être constatée par un procès-verbal d'experts souscrit des parties, et dans lequel il est dit que l'acheteur a contradictoirement vérifié et pris possession (Arrêt de la Cour de Rennes, du 7 août 1813).

Jacques, s'il se fût agi d'un trois-mâts achevé, et que Salomon le lui eût livré de la même manière.

96. — Mais, dans la construction à forfait, la tradition sur chantier est un accident fort rare. Presque toujours on convient que le navire sera livré par sa mise à l'eau et sa conduite au lieu de la rade ou du port, que le devis désigne. *In rei veritate*, l'armateur ne l'achète que *rendu en cet endroit*. C'est alors seulement que, de créancier, il devient propriétaire. Le navire est donc lancé, *nisi aliter convenerit*, aux risques et frais de l'entreprise (1).

Les réparations, additions, améliorations, en un mot les travaux accessoires qui seront faits à la coque, et sont l'objet du second devis, n'apportent aucun retard à la mutation de la propriété, réellement opérée par la mise à l'eau.

Néanmoins, dans l'usage, le dernier tiers du prix n'est pas encore exigible. Il ne le deviendra que quand le navire sera *renable*, expression consacrée à Nantes pour signifier qu'il est parfaitement *étanche*, et que les travaux accessoires sont parachevés à bord, ce qui est attesté par un certificat, soit de l'armateur affréteur ou de son capitaine, soit du capitaine de l'armateur propriétaire, ou du constructeur qui a donné *le trait*.

97. — Après cette tradition effective, le contrat peut-il être résolu pour vices cachés? (V. *infrà*, le paragraphe *des vices redhibitoires.*)

98. — Jusqu'ici la douane est étrangère à tout ce qui

(1) La convention la plus ordinaire est que le navire sera lancé aux frais de l'armateur et aux risques de l'entrepreneur.

se passe. Pourquoi n'y concourt-elle pas? C'est que le navire aliéné n'est pas encore inscrit sur le registre des bâtiments *français*, les seuls dont la régie puisse transcrire ou enregistrer la vente. D'un autre côté, tant qu'il plaît à l'armateur de ne pas l'armer, de ne pas l'envoyer en mer, la *francisation* ne lui est pas imposée. Or, avant ce baptême national, un navire n'est, par rapport à l'administration, qu'un assemblage de matériaux, une marchandise comme une autre qui ne doit point de droits; *sine nomine corpus.*

99. — Mais, dès que le navire est francisé, il n'appartient plus à la classe des choses dont la propriété se transmet envers et contre tous par le seul fait de la tradition avec titre. Il faut, en outre, la transcription de la vente ou son enregistrement (1) en douane.

Car les hautes considérations d'intérêt national et de police internationale exposées *suprà*, n° 88, ne sont pas les seuls motifs de ces formalités; *elles ont aussi pour but*, dit la Cour de Rennes (arrêt du 3 mai 1843), *d'assurer l'intérêt des tiers qui ne peuvent connaître d'autres propriétaires que celui dont les droits sont constatés sur cet acte solennel*, l'acte de francisation. Par exemple, si, pour s'acquitter des 10,000 fr. qu'il me doit par compte courant, Jacques me cède une partie de son brick, et que je n'aie pas fait transcrire, Jacques venant à manquer, je redeviens simple créancier, nonobstant la date certaine de mon titre, ou même son authenticité, ce qui

(1) *La transcription* quand l'acte est public; l'enregistrement, lorsqu'il est sous seings privés (V. *suprà*, n° 86). Mais, l'effet de la transcription et de l'enregistrement étant le même, nous n'emploierons désormais que le mot transcription pour exprimer l'une et l'autre formalité.

n'aurait pas lieu si j'eusse reçu *in solutum*, sur une simple facture, *v. g.*, des cafés ou des sucres.

De son côté, le vendeur n'a pas un moindre intérêt à requérir la transcription; car, lorsque le navire aura repris la mer, si le capitaine emprunte à la grosse au cours du voyage, le vendeur lui-même est engagé. En vain produirait-il une vente authentique, antérieure au départ. Le prêteur aurait à dire: Sur quoi donc voulez-vous que j'eusse prêté, sinon sur l'acte de francisation et l'acte de propriété qu'on m'a représentés? *Quod quis ex culpâ suâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* Que n'avez-vous fait transcrire?

100. — L'effet de la transcription à l'égard des tiers, c'est la consommation du transport, la consolidation de la propriété sur la tête du nouveau propriétaire. Auparavant, le vendeur pouvait encore, sinon *salvâ fide*, du moins très-valablement, affecter le navire à ses dettes, ou le vendre a un second acheteur qui, en faisant transcrire avant l'autre, fût devenu propriétaire incommutable. Il n'en a plus la possibilité. Les tiers qui traiteraient avec lui auraient à s'imputer leur propre négligence. Que ne l'astreignaient-ils, avant tout, à demander à la douane un certificat négatif de mutation? (V. *suprà*, n° 87.)

Mais, quoique les navires soient meubles, les affectations privilégiées ou non privilégiées, antérieures à la transcription, continuent de subsister, et suivent le navire. Cependant l'art. 191 du Code de commerce, qui le veut ainsi, n'est pas, comme on l'enseigne, une exception à l'art. 2119 du Code civil, d'après lequel « les meubles « n'ont pas de suite par hypothèque. » C'est une règle reçue chez tous les peuples navigateurs, sauf quelques différences dans le mode de constater et de conserver les

créances et les priviléges. Voilà sous quel rapport nous avons dit et pu dire avec raison que les navires sont, en quelque sorte, *les immeubles du commerce*. Le Code civil n'a pas entendu réglementer les navires; le Code marchand n'avait donc pas eu à déroger à l'art. 2119. La preuve, c'est que le droit n'a pas cessé d'être le même durant le temps intermédiaire de la promulgation des deux Codes.

101. — Maintenant pour qui le risque entre la vente et la transcription?

Nous croyons avoir prouvé (*suprà*, n° 59) que, dans la vente des marchandises entreposées (1), le risque intermédiaire est au compte du vendeur, parce que, dans ce cas, l'achat est contracté sous la condition suspensive *si la douane accepte le transfert*. Aucun texte de loi ne lui fait expressément ou implicitement l'obligation d'y concourir. Son acceptation sera donc un acte de son libre arbitre. On n'aurait pas d'action pour l'y forcer.

Secùs des navires. Du moment que l'acheteur dépose au bureau de la navigation l'écrit en due forme (2) par lequel il prouve avoir acheté un navire francisé, et qu'il offre d'ailleurs les soumissions et le serment voulus par la loi, la douane ne peut pas plus refuser la transcription de ce titre, que le conservateur des hypothèques la transcription d'une vente immobilière, requise pour parvenir à purger des hypothèques ou des priviléges. La loi (3), par

(1) Ou en transit, ou vendues pendant la durée du permis d'embarquement.

(2) Un acte public, ou un acte sous seings privés affirmé devant le juge de paix.

(3) Du 27 vendémiaire an II. L'art. 17 de cette loi ne parle, il est vrai, que des *ventes de partie du bâtiment* Mais on l'a toujours ap-

cela seul qu'elle prescrit cette formalité, impose à la régie l'obligation de l'accomplir. Un refus arbitraire, ou même un retard quelconque sans motifs légitimes, ouvrirait une action en justice, et pourrait donner lieu à des dommages et intérêts.

De là il suit que la transcription en douane n'est ni ne peut être une condition suspensive. C'est un mode d'appropriement envers les tiers, une simple formalité dont l'acheteur peut, à son gré, différer l'accomplissement, au risque de voir le navire affecté aux nouvelles dettes du vendeur, ou devenir la propriété d'un autre, mais sans que la vente en souffre au point de vue de sa perfection. Si donc le contrat est pur sous tous autres rapports, comme un navire francisé est toujours, en quelque lieu qu'il se trouve, un corps certain et déterminé par son nom propre et par son domicile, l'acquéreur répond des risques depuis l'accord formé sur la chose et le prix; *tunc perfecta est emptio, et periculum ad emptorem pertinet.*

Il peut arriver cependant que la transcription soit refusée en douane par quelque motif valable, *v. g.*, l'innavigabilité, un radoub ou des réparations qui, faits en pays étranger, ont coûté plus de 6 fr. par tonneau (1). Mais ce sont là des conditions *résolutoires* dont l'événement remet les parties au même état que si la convention n'avait jamais existé. En attendant, la vente est parfaite,

pliqué à la vente du navire entier. C'est une conséquence, non-seulement de l'art. 18 de la même loi, mais encore de l'art. 20 de la loi du 6 mai 1841, ainsi conçu : « Ne sera plus perçu le droit de 6 fr. « établi par l'art. 17 de la loi du 27 vendémiaire an II, pour l'in« scription au dos de l'acte de francisation, des ventes de *tout* ou « parties des navires. »

(1) Un tel navire serait réputé étranger (L. du 27 vendémiaire an II, art. 8).

et, le navire venant à périr avant la condition accomplie, pour l'acquéreur la perte, à moins qu'il ne prouve l'existence du vice caché, antérieure à la vente.

102. — A chaque mutation de la propriété, le nouveau propriétaire se soumet envers la douane à certaines obligations (1), confirmées par un serment, et garanties par un cautionnement dont la jauge du navire détermine le chiffre (2) ; après quoi la régie annule la soumission cautionnée du précédent propriétaire. Il y a donc substitution d'un nouveau soumissionnaire à l'ancien, lequel est déchargé. La novation est parfaite, et désormais, *quidquid evenerit*, le vendeur, s'il ne s'est pas porté caution, et la caution du vendeur sont à l'abri de toutes recherches.

103. — Ce que nous avons dit de relatif à la construction, la francisation, la vente et la transcription de la vente, est indistinctement applicable aux navires (3) à vapeur et aux navires à voiles.

(1) Au nombre de ces obligations est celle de ne point vendre, donner ou prêter l'acte de francisation et le congé ; de n'en faire usage que pour le service du bâtiment pour lequel ils sont accordés, etc. (L. du 27 vendémiaire an II, art. 16).

(2) 20 fr. par tonneau, si le navire est de 200 tonneaux ou au-dessous ; 30 fr. par tonneau, s'il est au-dessus de 200 tonneaux, et de 40 fr. par tonneau, s'il est au-dessus de 400 tonneaux (même loi, art. 11).

(3) *Navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem,* sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit (L. 1, D., *De exercit. act.*). En douane, du moins sous le rapport de la francisation, on n'entend par *navires* que les bâtiments ou embarcations *qui vont en mer.* Ceux-là seuls sont assujettis à l'acte de francisation, et ils doivent tous être francisés, quel qu'en soit le tonnage, sauf un très-petit nombre d'exemptions introduites *benignâ legis interpretatione.* Par exemple, on ne soumet pas à cette formalité le canot de plaisance (*navis actuaria*) ne jaugeant pas plus de deux tonneaux, et dont le

104. — Outre les trois modes de traditions proprement commerciales dont il vient d'être parlé, et que nous avons nommés *modes civils*, parce que la loi les a créés, ou qu'ils sont établis en conséquence de la loi, l'usage en a introduit un autre merveilleusement approprié à la succession rapide des ventes et des reventes sur les grandes places de commerce; nous voulons dire les *ordres de livraison*, dont il va être traité dans la première section du paragraphe suivant.

propriétaire est un habitant voisin de la côte. Mais, dans le droit privé, le mot navire est une expression générique qui, outre les bâtiments et embarcations de mer, comprend les constructions quelconques servant à la navigation intérieure, même sur les lacs et les étangs : *Sub vocabulo navis, omnia navigationum genera comprehenduntur.*

§ IV.

DES ORDRES DE LIVRAISON ET DE QUELQUES CLAUSES RELATIVES A LA MARCHANDISE A LIVRER.

SOMMAIRE.

105. 1° Des ordres de livraison; leur utilité et leur fonction dans le commerce de marchandises; abus que l'on en peut faire.
106. On ne peut livrer et recevoir en un ordre de livraison sans une convention expresse; pourquoi; comment se fait l'exécution.
107. Qu'est-ce que vendre à livrer et à recevoir en un ordre de livraison? La remise de l'ordre de livrer ne tient pas lieu de livraison.
108. Le porteur de l'ordre peut-il recourir *in solidum* et contre moi et contre mon vendeur sur lequel je lui ai remis l'ordre de livrer? Comment sont conçus dans l'usage les ordres de livraison; *quid* si l'ordre est conçu, non à personne dénommée, mais transmissible *cuilibet*.
109. Le porteur de l'ordre qui en reçoit un autre du tiers indiqué fait-il novation? espèce et solution.
110. 2° De la convention que le vendeur fera connaître à l'acheteur le nom du navire, et lui communiquera les connaissements aussitôt qu'il les aura reçus; objet et effet de cette convention.
111. La livraison n'étant subordonnée qu'aux événements de

mer qui empêchent l'arrivée du navire, toute autre cause qui en change la destination est une inexécution du contrat; exemple et espèce.

112. A cette convention on joint quelquefois la clause que l'acheteur aura la faculté d'annuler ou de proroger le marché si le navire n'arrive pas à telle époque.

113. *Quid* si, le navire périssant par force majeure, partie de la marchandise est sauvée? *Quid* encore, si le navire devenant innavigable, la marchandise transbordée arrive à destination?

114. 3° De la clause que la marchandise est annoncée devoir être chargée dans tel port et à la consignation du vendeur; elle subordonne la vente et la livraison à un événement incertain dont l'arrivée du navire constate l'existence ou la non-existence; si donc la condition ne s'accomplit pas, point d'obligation de livrer ni de se livrer.

115. S'il en est de même quand la marchandise a été chargée, puis débarquée à l'insu du vendeur.

116. *Quid* si le navire désigné apporte la marchandise, mais transbordée d'un autre navire qui l'a importée? espèce.

117. 4° De la faculté accordée à l'acheteur de recevoir à la consommation ou à l'entrepôt; effet de son option; tant qu'il ne l'a pas déclarée, le vendeur ne peut mettre à la consommation; l'option peut être tacite; exemple.

118. Les clauses-conditions relatives à la délivrance sont sans nombre; non-seulement la convention peut les créer, suivant les circonstances; il en est aussi que l'usage des lieux détermine; exemples.

1° Des ordres de livraison.

105. — Quand je vends de la marchandise, il est très-indifférent que je la livre *omisso medio*, ou que ce soit un tiers qui la livre pour moi, et, réciproquement, si l'on m'en a vendu, il importe peu que je la reçoive par mes

propres mains ou par celles d'autrui (1) ; car, en général, ce qu'on peut faire soi même, on peut le faire par un autre (V. t. 3, n° 341). C'est un principe de droit d'une application fréquente et d'une utilité considérable dans le commerce. Les *ordres de livrer et de recevoir* en sont un exemple pratique : je vous ai vendu et je dois vous livrer telles quantité et qualité de tel sucre ; Pierre m'en a vendu mêmes quantité et qualité, et, de votre côté, ce que vous m'avez acheté, vous l'avez revendu à Jacques. Au lieu de trois livraisons et de trois réceptions que semblerait exiger l'exécution des trois contrats, il suffit d'une seule livraison et d'une seule réception. En effet, vous transmettez à Jacques l'ordre de livraison que je vous ai donné snr Pierre ; celui-ci délivre et le porteur reçoit ; les sucres ne sont délivrés et reçus qu'une fois, et pourtant la triple exécution est parfaite ; tout est consommé. C'est une économie de temps, une épargne de soins, de déchet, de dépenses ; et comme les ventes et reventes se succèdent avec une extrême rapidité sur les places de spéculation, on voit combien les ordres de livraison facilitent le mouvement commercial. Ils sont en quelque sorte au commerce de marchandises ce que la lettre de change (2) est au commerce d'argent. Aussi l'usage en est-il consacré (3).

Nous avons déjà fait observer ailleurs, à l'occasion d'une espèce où les ordres, se succédant pêle-mêle, formaient une bande de plusieurs mètres de papier, que cet usage peut dégénérer en abus ; car de quoi n'abuse-t-on

(1) *En général*, parce qu'il est certaines choses qui ne peuvent se faire par mandat, *v. g.*, un serment.

(2) Ou le billet à ordre.

(3) Quelques législations, au titre des lettres de change, ajoutent, comme appendice, des dispositions sur les *ordres conçus valeur en certaines denrées ou marchandises*.

pas? mais l'abus ne saurait faire qu'une chose d'ailleurs utile doive être proscrite indéfiniment. Voyons donc à quelles conditions un tel ordre équipolle à la délivrance.

106. — Avant tout, pour livrer et recevoir en un ordre de livraison, il faut un pacte (1); à défaut, l'acheteur peut refuser ce mode de délivrance, et s'adresser directement à son vendeur. C'est un point constant dans la jurisprudence consulaire, et rien n'est mieux fondé en raison; car la livraison en un ordre est une chose en dehors des termes constitutifs d'une vente; c'est un *pactum adjectum*.

Lorsque ce pacte est formé, le vendeur doit remettre à l'acheteur l'ordre de livraison dans le délai fixé, et, s'il n'en est pas de convenu, en temps utile. Cet ordre est l'instrument qu'exige l'exécution de la convention même.

107. — Mais qu'est-ce que vendre *à livrer et acheter à recevoir en un ordre de livraison?*

C'est, de la part du vendeur, promettre à l'acheteur de lui désigner un tiers qui livrera la chose, et de lui donner un titre autorisant ce tiers à la livrer;

Du côté de l'acheteur, c'est promettre au vendeur d'en requérir la délivrance, et de la recevoir du tiers que le titre désigne.

Ainsi, un ordre de livraison contient tout à la fois une indication de payement et deux mandats; l'un, implicite, de se livrer, que le porteur de l'ordre accepte implicitement en acceptant l'ordre; l'autre, exprès, de livrer, que le tiers indiqué, lequel est le vendeur du mandant, n'a pas encore accepté.

En d'autres termes, c'est un mode conventionnel de

(1) *Recueil de Mars.*, 18, 1, 214, 215.

procurer le payement de la chose, comme une lettre de change donnée par l'acheteur serait un mode conventionnel de procurer le payement du prix.

Cela posé, le vendeur ne remplit pas son obligation de livrer par le seul fait d'avoir remis un ordre ; car ce n'est pas livrer que d'indiquer quelqu'un qui doit livrer. Si donc le tiers indiqué pour délivrataire refuse la chose au porteur, le vendeur garant, de l'exécution de son ordre, reste personnellement obligé à la délivrance. C'est ainsi que, dans la lettre de change, le tiré ne payant pas, le tireur reste engagé ; la seule différence, c'est qu'un protêt peut seul constater le refus de payer une lettre de change, et que le refus de livrer une marchandise peut être constaté de toute autre manière; ni la loi, ni l'usage n'exigent un mode spécial de constatation.

La convention que mon vendeur a faite avec moi, je la fais avec mon acheteur quand je lui remets l'ordre que mon vendeur m'a remis. Car, par la remise de cet ordre, je promets la délivrance comme mon vendeur me l'a promise, et mon acheteur me promet, ce que j'ai promis moi-même à mon vendeur, de prendre livraison chez le tiers indiqué, ou de constater son refus de livrer.

108. — Mais, ce refus constaté, le porteur peut-il, à son choix, recourir, *in solidum*, contre moi ou mon vendeur? Ainsi généralisée, la question se résout par les expressions dans lesquelles sont ordinairement conçus les ordres de livraison.

« Je prie Salomon de livrer à Jacques la marchandise
« qu'il a à me livrer fin courant.

« Paul. »

« Et pour moi livrez à Pierre.

« Jacques. »



Telle est la formule. Or, reprenant l'espèce précédente, il est clair que le porteur avec qui j'ai traité ne contracte pas avec mon vendeur. Quelle action pourrait-il donc exercer contre lui? Il n'en peut avoir aucune, si ce n'est de mon chef, et dès lors il devient passible de toutes les exceptions que ce vendeur serait en droit de m'opposer, *v. g.*, que je ne l'ai pas payé aux époques ou dans les valeurs convenues. Car l'ordre de livraison se rattache à une vente, convention bilatérale, engendrant des obligations de part et d'autre. Or, si l'obligation de délivrer est commune à tous les cédants successifs, elle est corrélative à des obligations différentes contractées envers eux par les différents cessionnaires. Chaque vendeur peut donc être fondé à ne vouloir pas livrer à son acheteur, parce que celui-ci n'aura pas rempli ou n'aura rempli qu'imparfaitement sa promesse. Par conséquent le porteur de l'ordre n'a pas de recours contre celui des vendeurs qu'il lui plairait de choisir. En remettant l'ordre, chacun de ces vendeurs n'a pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et, par suite, le dernier cessionnaire n'a d'action que contre son auteur, ou contre l'auteur de son auteur dont il peut exercer les droits.

En un mot, une même chose a été vendue plusieurs fois successives à des prix différents, à des termes de payements différents, à des conditions différentes, par des vendeurs différents à des acheteurs différents. A la vérité, toutes ces ventes étaient à l'état d'exécution imparfaite (V. t. 4, n° 44); mais, à chacune d'elles un vendeur unique, un acheteur unique. Rien ne les rattache; elles n'ont de commun qu'un même ordre de livraison remis par un seul vendeur à son acheteur respectif. Chaque convention étant donc un contrat solitaire, nul motif de droit ou d'équité pour que les divers contractants soient tenus *in so-*

lidum de la délivrance. C'est le cas de la règle *personam contrahentium non egrediuntur contractus* (1).

Il en est autrement quand l'ordre de livraison n'est pas limitatif à l'acheteur qui le reçoit. Par exemple, je prie Salomon de livrer à Jacques, *ou à son ordre*, la marchandise, etc... Evidemment un tel ordre implique celui de livrer à tout porteur de l'ordre, comme il implique, dans la lettre de change, celui de la payer à tout porteur légitime. Le transmettre par endossement, c'est en garantir l'exécution à quiconque s'en trouvera porteur le jour fixé pour la délivrance ; tous les signataires en répondent *singulatim* et collectivement. Le porteur a donc une action contre eux tous et contre chacun d'eux.

109. — Que l'ordre de livraison soit limitatif, ou qu'il soit *à ordre*, jamais sa remise ou sa transmission ne constitue ni la délivrance (V. *sup.*, n° 107), ni la novation, équivalent de la délivrance (V. t. 4, n° 43). Ce n'est là, de la part du vendeur primitif et des vendeurs subséquents, s'il y a eu des reventes, qu'une exécution imparfaite du contrat (V. même tome, même numéro) ; leur obligation n'en subsiste pas moins, et le porteur non livré qui *a fait*

(1) A Marseille on a jugé qu'à défaut de délivrance par le tiers indiqué, le dernier porteur doit mettre le premier vendeur auquel la confection de l'ordre remonte par *filière*, en demeure *légale* de lui livrer la marchandise. Comme cela est énoncé, sans aucune discussion, dans un jugement du 4 septembre 1842 (*Mars.*, t. 22, p. 13), nous pensons que le tribunal s'est fondé sur un usage. Mais l'usage de Marseille ne fait loi qu'à Marseille. Or, la décision dont il s'agit nous semble contraire non-seulement au texte des ordres de livraison tels qu'ils sont ordinairement conçus, mais encore aux principes les plus certains du droit, et nous croyons l'avoir démontré. C'est le tiers indiqué pour délivrataire qui doit être mis en demeure; puis, recours du dernier acheteur contre son vendeur. Voilà le droit; mais partout où l'usage est contraire, on doit s'y conformer.

le nécessaire (1), conserve toujours un recours, comme on vient de le dire, vers plus ou moins de signataires, selon que l'ordre de livraison a été successivement remis ou transmis (2).

Mais, lorsque, en place de la chose, et sans protestations ni réserves, le dernier porteur reçoit du tiers désigné un ordre de livraison sur une autre personne, la novation s'opère, et tout recours est perdu pour lui contre les signataires de l'ordre ainsi échangé. Il est indifférent que l'ordre lui soit parvenu par transmission, ou par simple remise ; dans l'un et l'autre cas, *idem juris est*, et la raison en est multiple : dans les deux hypothèses, le porteur s'engage à recevoir de celui-là même que l'ordre lui indique, et accepte le mandat de constater le refus, s'il éprouve un refus. Il y a donc, de sa part, promesse inaccomplie et mandat inexécuté, double cause de responsabilité. Il y a de plus transgression du mandat. En effet, c'est transgresser le mandat que de faire une opération qu'il n'autorisait pas, et, quand on prend sur soi de transgresser le mandat, on devient un *negotiorum susceptor* à qui l'affaire peut être laissée pour compte. Or, tel est précisément le résultat de la novation dans les indications de payement. Quelle que soit la chose à recevoir, la novation implique toujours un excès de mandat, qui libère le mandant. En laissant donc l'échange aux risques et périls du porteur échangiste, les vendeurs qui ont transmis ou qui ont remis l'ordre, sans en excepter le confectionnaire lui-même, sont

(1) Locution usitée dans le commerce pour signifier que le porteur d'un effet commerçable, non payé à l'échéance, a fait protester, etc.

(2) *Remis*, quand il est limitatif, et que le confectionnaire ou tout autre vendeur subséquent le donne simplement à titre de mandat; *transmis*, lorsqu'il est à ordre, et endossé.

tous aussi bien déchargés que si le délivrataire eût délivré (V. t. 4, n° 44).

En définitive, il n'est qu'un seul moyen de conserver le recours : c'est d'abord de constater le refus; cela fait, si dans l'échange contracté le porteur du premier ordre a réservé ses droits contre les signataires de cet ordre, qui lui étaient obligés, leur obligation continue de subsister, car, sans la volonté de nover, point de novation ; seulement il intervient un obligé de plus, et les obligés précédents n'ont pas lieu de s'en plaindre (V. même tome, même numéro).

On verra dans le chapitre *du Payement du prix* comment se règle et se solde le prix entre les acheteurs et les vendeurs successifs.

2° De la clause que le vendeur fera connaître à l'acheteur le nom du navire sur lequel la marchandise doit arriver, et lui communiquer les connaissements aussitôt qu'il les aura reçus.

110. — L'objet de cette clause usitée dans la vente maritime (1) est de garantir que la marchandise sera chargée dans un port de provenance ou dans un port intermédiaire, et d'empêcher que le vendeur ne puisse la délivrer en marchandises pareilles, achetées sur place, ou qu'il détenait déjà, et qu'il aurait chargées dans le port même du débarquement ; son effet est de subordonner la vente, et, par suite, l'obligation de recevoir, à la désignation du navire, à la communication des connaissements, à l'*heureuse arrivée.*

En conséquence, si le navire n'est pas désigné dans

(1) V. t. 4, n°s 30 et suiv.

le délai convenu ou que les connaissements ne soient pas communiqués avant l'arrivée dans le port, l'acheteur peut se départir du contrat et refuser la chose comme n'étant pas identiquement l'objet de la vente, *hoc ipsum in quod convenerunt*.

Réciproquement, lorsqu'un cas fortuit a empêché l'heureuse arrivée, le navire fût-il désigné et le connaissement communiqué, le vendeur est dégagé de toute obligation (V. *Recueil de Mars.*, t. 11, 1, 157, t. 18, 1, 166). Il n'a pas traité par *marché ferme* (V. notre tome 4, nos 31 et 32).

111. — La désignation du navire en traitant, et sa désignation postérieure *intrà diem constitutum*, rendent également le marché définitif (1). Aussi la livraison n'est-elle subordonnée qu'aux événements de mer empêchant le navire d'arriver. Tout autre fait qui en change la destination ou met obstacle à ce qu'il arrive, constitue le vendeur en défaut de délivrer. Par conséquent, lorsque vous m'avez acheté 100,000 kilog. sucre d'Haïti que j'attends du cap Français par le *Neptune*, capitaine Barbedor, pour vous être livrés tels quels à l'heureuse arrivée au port de Morlaix, si le navire se rend à Lorient où les sucres sont vendus, je suis passible de vos dommages et intérêts. En vain, pour m'y soustraire, prétendrais-je n'avoir contracté que sous la condition défaillie *si le* Neptune *arrive à Morlaix*. Quel que soit le motif ou l'auteur du changement de destination, il suffit que le *Neptune* ne soit pas arrivé à Morlaix, et qu'un cas fortuit ne l'en ait pas empêché, pour qu'il y ait, de ma part, inexé-

(.) V. t. 4, n° 33, la différence qui existe entre le marché définitif et le *marché ferme*.

cution de mon engagement; un accident de mer pouvait seul m'en relever.

Au reste, ai-je traité pour mon propre compte ou pour celui d'un correspondant étranger, peu vous importe; vous n'aviez pas à vous en enquérir. Excuser l'inexécution du contrat, sur une distinction entre le vendeur qui vend en son propre nom, et le commettant pour qui il a vendu, ce serait offrir à la mauvaise foi un moyen facile de se soustraire à des marchés que les événements du commerce auraient rendus onéreux. Or, rien ne répugne plus à la probité commerciale.

112.— Bien souvent, dans ces sortes de ventes, l'acheteur stipule la faculté de rendre le marché nul ou de le proroger une fois ou même plusieurs fois à des époques convenues, si le navire n'arrive pas sous tel temps. Cette clause a le double objet d'obvier ou de remédier au retard volontaire ou forcé que l'expéditeur ferait éprouver au chargement dans le lieu où il doit s'effectuer, et d'empêcher que le vendeur, voyant par la hausse du cours qu'il a fait une affaire onéreuse, ou dans l'espoir de vendre ailleurs avec plus d'avantage, ne puisse éluder son obligation en donnant à son correspondant des avis ou des instructions pour changer la destination du navire. Elle est tout entière dans l'intérêt du stipulant. Libre à lui d'en user ou de n'en pas user. Mais tant qu'il n'a pas consommé l'option, la vente subsiste. Si donc le navire arrive après le jour marqué, les parties peuvent s'entre-forcer à l'exécution du contrat.

Mais, si l'acheteur laisse expirer une prorogation sans la renouveler, et que le navire arrive, le vendeur est-il tenu de livrer et l'acheteur de recevoir? Oui encore, car la prorogation, *v, g.*, jusqu'au 30 novembre, a précisé-

ment le même effet que si le contrat eût, de prime abord, fixé cette époque. Or, comme on vient de le voir, la vente subsiste tant que l'acheteur ne manifeste pas l'intention de la rompre. Il faut donc, pour être dégagé, que le vendeur somme l'acheteur de déclarer s'il veut ou ne veut pas proroger de nouveau, et que celui-ci refuse ou se taise.

113. — Reprenant notre espèce (V. *suprà*, n° 112), supposons maintenant qu'expédié pour Morlaix, mais surpris par la tempête, le *Neptune* ait naufragé à la hauteur de l'île de Batz, et que la marchandise ait été sauvée du naufrage, suis-je en droit de vous l'offrir? devez-vous l'accepter? Assurément non. Le sinistre a mis le contrat à néant, car je n'ai promis de livrer, et vous de prendre livraison, que pour le cas de l'heureuse arrivée. Or, le cas contraire est arrivé; *conventio dat legem contractui*. La double obligation a donc cessé (V. *Rec. de Mars.*, t. 3, 1, 2; t. 11, 1, 157; t. 16, 1, 125; Duranton, t. 11, n°s 48, 53, 57).

Quid encore, dans la même espèce, si, pendant le voyage, le navire est déclaré innavigable, et que la marchandise transbordée arrive à destination? je vous en fais l'offre; pouvez-vous la refuser? La désignation du navire, dirai-je, n'assure que l'identité de la marchandise, et vous ne contestez pas l'identité. En quoi pourrait-il donc vous importer qu'on n'eût pas transbordé les sucres? Lorsqu'un navire est légalement reconnu hors d'état de naviguer, le transbordement de la marchandise n'en résout pas l'assurance. Malgré ce raisonnement, qui a quelque chose de spécieux, la question doit se décider comme la précédente, et toujours par le principe que l'*heureuse arrivée* est la condition *sine quâ non* de la naissance de l'obligation.

Après tout, nul argument à tirer par analogie du contrat d'assurance. L'assurance est faite pour garantir des risques ; ils sont la matière de ce contrat. Dans notre espèce, la non-réalisation des risques est la condition suspensive de l'achat et de la vente ; et comme le sinistre a fait défaillir notre condition, libre à chacun de nous de discéder du contrat, ou, plus exactement, aucune obligation n'a existé.

On a pourtant décidé le contraire à Marseille (1). Dans cette espèce (et c'est aussi ce que la nôtre suppose), le marché désignait la marchandise par les marques et les numéros des colis. L'identité se trouvant donc hors de doute, le tribunal pose en fait que la vente était pure. Cependant elle avait pour objet des sucres bruts Guadeloupe, devant être livrés et reçus *à l'heureuse arrivée du navire Agenor*, qui n'arriva pas. La vente était donc conditionnelle, et la condition défaillie ; car l'acheteur n'avait pas acheté *quel que fût le navire*, ni *si le navire était empêché d'arriver ;* il avait acheté *si le navire* Agenor *arrivât.*

Le tribunal reconnaît bien que *toute condition doit s'accomplir à la rigueur.* Mais la convention de recevoir *à l'heureuse arrivée du navire Agenor* ne lui paraît pas contenir une condition *clairement exprimée, et, dans le doute,* dit-il, *la convention doit être interprétée dans le sens favorable à son exécution.* Rien mieux que ce motif ne confirme ce que nous avons dit t. 1, n° 274 : « Trop « souvent les plus gens de bien eux-mêmes, car tel est le « partage de la faible humanité, se croyant permis, s'imaginant même qu'il est de leur devoir d'éluder ce qu'ils « appellent tantôt la rigueur, tantôt l'injustice de la loi, la

(1) V. *Recueil de Mars.*, t. 17, 1, 312.

« sacrifient à une prétendue équité dont la fausse lueur les « séduit et les égare. » Qu'y a-t-il donc d'obscur dans la condition dont il s'agit? C'est une locution consacrée sur toutes les places maritimes, et partout on l'entend en ce sens que, si le navire n'arrive pas, la condition défaille. Jamais le tribunal lui-même ne l'avait entendue d'aucune autre manière. Les monuments de sa jurisprudence sont là qui l'attestent. Il n'y avait donc rien à interpréter: *Ubi nulla in verbis est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis.*

On a cru corroborer un motif qui paraissait trop faible, par une prétendue analogie entre l'acheteur et l'assuré. Nous en avons démontré l'inexactitude. En vérité, mieux eût encore valu comparer l'acheteur à un mandant et le vendeur à un mandataire, car du moins est-il certains cas (et précisément celui d'une chose à transporter), où le mandataire peut, à ses risques et périls, exécuter le mandat par des moyens équivalant à ceux qui lui sont prescrits (V. t. 2, n° 247). Mais où arriverait-on en confondant ainsi tous les contrats?

Attachons-nous donc au principe que *toute condition doit s'accomplir à la rigueur.* S'écarter d'une règle si sûre et en même temps si sage, c'est courir à l'erreur, et tomber dans l'injustice en voulant suivre l'équité. Quand la loi a parlé, le juge n'a plus qu'à obéir (V. t. 1, n°s 274 et suiv.). Or, dans le commerce surtout, il n'est pas de loi au-dessus de la convention (1).

(1) Grand principe proclamé dans un autre jugement du tribunal consulaire de Marseille.

Au reste, le même tribunal juge que, si la marchandise n'est désignée que par la désignation du navire, et qu'elle soit transbordée, elle n'est plus l'objet vendu. Le chargement et le transport sur le navire désigné sont substantiels de l'obligation (t. 17, 1, 318).

3° De la clause que la marchandise est annoncée devoir être chargée en tel port, et à la consignation du vendeur.

114. — Je passe avec Jacques un billet de vente en ces termes: « Je vous vends au prix courant d'aujourd'hui « cent balles de coton qui me sont annoncées de Paramaribo (1), et devoir être chargées à ma consignation sur « la goëlette *la Joséphine*, capitaine *Dur-à-Cuire*. »

La goëlette arrive chargée de cotons à l'adresse d'un grand nombre de négocians; mais il ne s'y trouve pour moi que trente balles qui sont ma propriété; encore l'expéditeur les a-t-il consignées à Pierre, en le chargeant de régler un ancien compte avec moi (2), en sorte que la *Joséphine* n'apporte rien à ma consignation; et, comme le cours a considérablement haussé, Jacques me demande en justice, à titre de dommages-intérêts, la différence existant entre le cours de la marchandise au jour de la vente, et son prix courant au jour où le navire est arrivé.

Vous m'avez déclaré deux choses, me dit Jacques, et vous n'en prouvez qu'une, car vous ne prouvez pas que les cotons vous *étaient annoncés* pour *devoir être chargés* sur la *Joséphine*. Votre déclaration, sur la foi de laquelle j'ai contracté, était mensongère ou, tout au moins, téméraire. Elle est la cause du marché; vous l'êtes donc de l'inexécution du marché.

Ma réponse est celle-ci: Quel tort a pu vous causer mon erreur sur le navire? S'il ne fût pas arrivé, il est clair qu'il n'eût rien apporté, et la vente était nulle. Il arrive et ne m'apporte rien; la vente est nulle encore; c'est, par

(1) Guyane hollandaise.
(2) V. t. 4, n° 133, plusieurs cas analogues.

rapport à nous, comme si la goëlette ne fût pas arrivée. Or, pour avoir droit à des dommages et intérêts, il est préalable de prouver un préjudice.

Jacques persiste, sans beaucoup insister ; mais il conclut subsidiairement à ce qu'il me soit ordonné de livrer, au moins, mes trente balles venues à la consignation de Pierre, et voici son argument : Ou vous n'avez pas eu, en traitant, l'intention de remplir votre obligation si le cours venait en hausse, et, dans cette hypothèse, quelle est votre bonne foi? Au cas contraire, acquittez votre promesse autant que vous le pouvez ; rien ne vous est plus facile.

Nouveau sophisme, répondrai-je. Je vous ai promis les cotons d'un autre, s'il m'en était consigné, et non mes propres cotons, encore moins mes cotons consignés à un autre (V. *Rec. de Mars.*, t. 7, 1, 65). Or, les conditions doivent s'accomplir *in formâ specificâ* (V. notre t. 4, n° 31). Me condamner à livrer des cotons qui m'appartiennent et qui, de plus, sont venus à la consignation d'un tiers, ce serait, en même temps, changer l'objet du contrat et la condition d'où dépendrait la naissance de l'obligation. Pourrais-je vous contraindre à recevoir les cotons qui sont consignés à Pierre?

115. — La décision doit-elle être la même quand la marchandise a été chargée, puis débarquée au port de l'expédition attendue, et faut-il distinguer si le débarquement a eu lieu sans la volonté du vendeur ou par sa volonté?

V. g., en 1845, j'expédie mon brick le *Sancho-Pança* pour *San-Yago de Cuba*, à l'adresse de Salomon à qui je mande de m'acheter et de m'expédier, par le retour du même navire à Lorient, trois ou quatre cents boucauts de

sucre, pouvant les acheter au prix de trois piastres à trois piastres et demie les 50 kilogrammes. Puis, je vous vends ces sucres, en tout cas, la quantité qui se trouvera à bord, juqu'à la concurrence de 400 barriques, pour livrer et recevoir à l'heureuse arrivée du navire.

Salomon achète les sucres à raison de *quatre piastres trois quarts*, et les fait charger; mais, peu de jours après, il les fait débarquer, et les revend à des conditions avantageuses pour lui et pour moi, notamment à la charge par l'acheteur de procurer à mon *Sanchò-Pança* 200 tonneaux de fret, sans en retarder le départ.

Salomon me donne avis de ses agissements. Il a, m'écrit-il, débarqué et revendu, à cause de la différence entre les prix de San-Yago et les prix d'Europe, et aussi vu la circonstance qu'il a outre-passé la limite fixée, double motif qui l'avait décidé à saisir l'occasion de me préserver d'une perte, et de se dégager lui-même des conséquences auxquelles il s'était exposé en excédant le mandat. Ainsi le *Sancho-Pança* me revient à Lorient, n'ayant point de sucres à bord.

Dans cet état des faits, est-il vrai de dire que, par rapport à vous, *le navire est arrivé sans la marchandise*, que la vente s'annule, et mon obligation avec elle? L'affirmative a été jugée à Marseille, et la Cour d'Aix a confirmé (1), par les motifs dont voici l'analyse :

En fait, le vendeur n'a donné ni avis, ni instructions pour opérer le débarquement; tout s'est fait à son insu; sa bonne foi est certaine.

En droit, le commissionnaire n'aurait pu l'obliger qu'en se renfermant dans la commission. Le vendeur n'eut donc jamais de sucres à bord du brick désigné. Or

(1) V. *Rec. de Mars.*, t. 17, 2, 209.

les senls sucres dont on ait entendu traiter sont ceux qu'il comptait y avoir et qui n'y sont pas.

Par suite, ce que Salomon a fait, il a pu le faire *neminis injuriâ*; les sucres, bien que chargés, lui ont toujours appartenu.

Mais l'acheteur n'aurait-il pas pu répondre à son vendeur : Si votre commissionnaire est un *negotiorum susceptor* à qui l'affaire aurait pu être laissée pour compte, il ne s'ensuit aucunement que vous soyez libéré de votre obligation envers moi ?

En fait, les sucres ont été chargés à votre adresse, sur votre propre navire. En fait et en droit, votre capitaine en a pris livraison pour vous (V. t. 4, n°ˢ 127 et suiv.) (1). Dès cet instant Salomon en a perdu et la possession et la propriété. Bien ou mal, il avait exécuté son mandat. En faisant débarquer les sucres, il disposait donc de la chose d'autrui; *jure non fecit*; c'est, de sa part, une voie de fait, car, si vous étiez le maître de laisser l'affaire à son compte, vous ne l'étiez pas moins de la garder au vôtre.

Sans doute, après m'avoir annoncé qu'il vient de faire une affaire pour moi, un *negotiorum susceptor* peut révoquer l'annonce, et retenir pour lui l'affaire qu'il a faite, si je ne l'ai pas encore acceptée, à plus forte raison s'il ne me l'a pas annoncée (V. t. 4, n° 176). Cela lui est permis, parce que, *rebus integris*, il n'attente aux droits de personne. Mais il ne le peut plus, une fois que des tiers ont acquis des droits sur la chose. Or, la marchandise vous avait été livrée, et vous vous étiez obligé à me la délivrer; j'avais sur elle un droit acquis.

(1) V. aussi M. Massé, *Droit comm. dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. 4, n° 165.

Quoi! de cela seul que le commettant pourra, s'il le veut, faire un *laissé pour compte* qu'il pourra aussi ne pas faire, vous concluez qu'il n'est pas livré de la marchandise livrée pour lui à son capitaine ; quelle conséquence! En pareil cas, la tradition a lieu sous une condition résolutoire, purement potestative de la part du destinataire. Il ratifiera ou laissera pour compte, *uti voluerit*, conseil pris du cours. Mais, tant qu'il n'a pas opté, la tradition subsiste relativement à l'expéditeur lui-même ; et c'est un fait accompli relativement au tiers à qui le commettant a vendu.

Il n'est donc pas vrai, à mon égard, que le navire soit *arrivé sans la marchandise*. Salomon n'était pas en droit d'empêcher la condition de s'accomplir, de rescinder la tradition. Or, si les sucres fussent réellement arrivés, seriez-vous quitte envers moi, en les lui laissant pour compte? Le juge ordonnerait à votre capitaine de me les délivrer, sauf votre action récursoire contre le correspondant.

Vous n'avez, dites-vous, donné nulles instructions pour le débarquement. Mais, outre que de telles instructions peuvent fort bien être données à l'avance une fois pour toutes, et que le tout s'est arrangé au mieux de vos intérêts, expliquez-nous pourquoi votre capitaine, qui avait signé un connaissement, s'est si facilement prêté à débarquer la marchandise. Lui aussi était votre mandataire, et vous l'approuvez dans ce qu'il a fait. Vous avez donc concouru à débarquer les sucres ; *qui mandat aut ratum habet, ipse fecisse videtur*.

Au reste, la bonne foi ou la mauvaise foi est très-indifférente lorsqu'il s'agit des tiers. Leur préjudice est le même. Les sucres vous étaient-ils livrés, oui ou non? Voilà le point capital. Or, la tradition est incontestable.

Quel désordre dans le commerce, si les commissionnaires pouvaient, à leur gré, livrer la chose et la reprendre!

On faisait à l'acheteur une dernière objection : lors du débarquement, le connaissement n'était pas encore remis. Mais *quid indè?* si le débarquement fut une voie de fait, retenir le connaissement était un fait illicite. On ne répare pas une faute par une autre.

A notre avis, cette argumentation de l'acheteur ne manque pas de justesse, et nous doutons beaucoup qu'il dût perdre le procès.

116. — *Quid juris,* si le navire désigné apporte la marchandise convenue, mais qu'on l'y ait transbordée d'un autre navire qui l'avait déjà importée?

Au mois de mai 1843, en vendant à Jacques 1,000 charges de blé tendre d'Odessa, Salomon s'engage à donner, dans le courant de novembre, le nom du navire sur lequel le blé doit être chargé, et à livrer de cette époque à fin de décembre suivant; libre à Jacques d'annuler ou de proroger une ou plusieurs fois, si la marchandise n'est pas arrivée à cette dernière époque.

Le 24 novembre, notification à l'acheteur que les blés seront livrés du navire *San-Giovani*, capitaine Tarabotto, venant de Nice. Mais, lors de cette notification, le *San-Giovani* était encore à Marseille, où il avait reçu les 1,000 charges de blé du bord d'un navire autrichien. Ensuite, il part pour Nice, y change ses expéditions sans débarquer les blés, et revient à Marseille. Le vendeur veut livrer, Jacques refuse ; son refus est-il fondé?

Je vous offre, lui disait Salomon, des blés de la même espèce, de la même provenance et en même quantité, point de contestation là-dessus. En quoi donc peut-il vous importer que le *San-Giovani* les ait pris à Marseille, ou

qu'il fût allé les prendre soit à Odessa, soit dans un port d'entrepôt ? Il est vrai qu'en allant à Nice, mon navire a dépensé quelque chose de moins; mais cette épargne, je ne l'ai pas faite à vos dépens. Pourquoi me l'envier ? *Quod mihi prodest, et tibi non nocet, facilè conceditur.* Vous êtes sans intérêt; votre résistance est injuste. Elle n'a d'autre motif que la baisse du cours.

Voilà précisément, répond Jacques, de quoi je veux vous parler avant toute autre défense. Nul de nous ne dispute ici d'un bénéfice à faire ; il n'y aura qu'à perdre ; il ne s'agit donc que de savoir qui doit supporter la perte, ou de vous qui ne pouvez rien me reprocher, ou de moi qui ai bien des reproches à vous faire, et dont le préjudice serait plus grand que le vôtre, car vous ne m'aurez vendu qu'à profit, eu égard à votre prix d'achat.

Vos rapports avec moi n'ont été qu'un tissu de simulations mensongères. Le 24 novembre, vous me notifiez que les blés seront livrés du *San-Giovani venant* de Nice, et, dans ce moment même, ce navire y *allait.* Pourquoi ce mensonge, sinon pour me persuader que les blés étaient à Nice, et que le navire irait les y prendre ? Vous aviez donc la conscience qu'ils auraient dû y être, et que je n'avais voulu acheter que des blés de première importation ; autrement, le 24 novembre, au lieu de me faire une notification insidieuse, vous m'eussiez dit sans détours : les blés sont à Marseille ; venez en prendre livraison.

Ce n'est pas tout : pour faire fraude à la loi du contrat, vous simulez une exportation et une importation que vous n'avez pas faites, car, au port de Nice, vous changez vos expéditions sans débarquer. Les blés sont donc réputés n'être pas sortis de Marseille.

Le contrat bien entendu, j'ai traité sous la condition suspensive *si les blés arrivent d'Odessa ou d'un port in-*

termédiaire, et cette condition voulait être accomplie *proùt sonat* (V. t. 4, n° 31). Or, ce n'est pas accomplir la condition, que d'en simuler l'accomplissement.

Vous prétendez que la simulation ne me porte aucun préjudice. Je vous réponds d'abord qu'elle ne vous fait pas honneur, et que, dans un procès dont la question unique est de savoir qui évitera une perte, la cause d'un menteur est la moins favorable : *Mercatoris domum plenam veritatis esse oportet.*

En second lieu, qui peut assurer que la simulation ne m'a pas été nuisible ? Si, selon l'esprit du marché, le navire était allé prendre sa charge à Odessa ou dans un port intermédiaire, peut-être n'eût-il pas été de retour dans le temps prescrit, et alors j'étais dégagé (1). Dépendait-il de vous de me ravir cette chance ? Suivons donc le principe enseigné par Toullier (t. 6. n° 586) : que les conditions doivent être accomplies *in formâ specificâ*, et qu'on ne peut pas les étendre d'un cas à un autre, *sous prétexte d'identité de raison.*

4° De la clause que l'acheteur aura la faculté de recevoir à la consommation ou à l'entrepôt, *uti voluerit*.

117. — Nous en avons expliqué les effets antérieurs et postérieurs à l'option déclarée (V. *suprà*, n°s 60 et suiv.) ; il reste à montrer comment elle peut l'être.

On la déclare d'une manière expresse, tantôt verbalement (car, en général, dans le commerce, la preuve testimoniale est toujours admissible), tantôt par une lettre

(1) V. *Recueil de Mars.*, t. 13. 1, 97. L'acheteur gagna le procès devant des arbitres qui ne furent pas d'un avis unanime. Mais la Cour d'Aix confirma, et jugea bien.

missive, bien souvent (et c'est le plus sûr) par une notification extrajudiciaire. Mais elle peut aussi n'être que tacite, c'est-à-dire, résulter d'un fait, pourvu qu'elle en soit une conséquence évidente. Voici un exemple : Un marché du 1er novembre par lequel je vous ai vendu des huiles, contient en votre faveur la clause dont il s'agit, et vous pouvez en user jusqu'à la fin du mois. Tout à coup, craignant une augmentation dans les droits, rendue vraisemblable par les circonstances politiques, tous les détenteurs d'huiles vont, en grande hâte, les déclarer pour la consommation, et j'en fais autant. Si, au lieu d'être augmenté, le tarif reste le même, ou s'il est diminué, ma responsabilité est évidemment compromise, car jusqu'au 1er décembre, il vous sera libre d'opter pour l'entrepôt. Mais, sachant ce que j'ai fait, vous acceptez un ordre de livraison que je vous donne sur Jacques. Il n'est pas moins évident que vous abdiquez par là l'option qui vous appartenait, ou plutôt il est clair que vous consommez l'option: *Tacita vel expressa idem operatur.*

Il en serait de même si je vous avais remis et que vous m'eussiez acquitté sans réclamation, ou passé dans notre compte courant, une facture des huiles sous la déduction des droits tels que la loi les réglait à l'époque du marché.

Au reste, il ne faut pas confondre la vente à l'entrepôt et celle où l'acheteur a le choix de l'entrepôt ou de la consommation. Le premier des deux contrats n'est que la substitution pure et simple de l'acheteur au vendeur dans les droits de celui-ci contre la douane, et dans ses obligations envers elle ; les changements de tarif, heureux ou onéreux, qui pourront survenir, ne regardent plus que le cessionnaire. L'autre convention, au contraire, implique toujours un pacte aléatoire sur l'augmentation et la dimi-

nution que les droits viendraient à éprouver. On en peut voir la raison, *suprà*, n° 62.

118. — Il serait aussi impossible d'énumérer les clauses-conditions auxquelles il ne tient qu'aux contractants de soumettre la délivrance, que de prévoir les conditions suspensives et résolutoires d'où ils peuvent faire dépendre la naissance de l'obligation elle-même, ou sa rentrée dans le néant. La convention les crée selon la variété des cas ou le besoin des circonstances, et toutes sont obligatoires, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire soit aux bonnes mœurs, soit à l'ordre public: *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum est* (L. 48, D., *De pactis*). Très-souvent encore il y est suppléé par des usages locaux auxquels on est soumis de droit, à moins que la convention n'y déroge (V. t. 1, n° 262; t. 2, n° 73). Les uns ont pour cause la nature des productions et la situation des lieux d'où l'enlèvement doit se faire; d'autres, introduits eu égard aux habitudes ou aux besoins des consommateurs ou des fabricants dans les diverses localités d'où l'envoi est commandé, varient et se diversifient en raison de ces mêmes besoins et de ces mêmes habitudes.

Ainsi, par exemple, il est d'usage au Croisic (1) que les sels vendus au comptant, sans fixation de délai pour la délivrance, doivent être enlevés dans le cours de la reverdie (2) pendant laquelle on a traité; que la livraison, une fois commencée, doit se continuer sans pouvoir être re-

(1) Patrie du célèbre Bouguer, l'un des plus grands géomètres que la France ait produits. On sait quels immenses services il a rendus à l'art de la navigation.

(2) C'est le rapport de la mer après les mortes-eaux. L'enlèvement des sels se fait le plus souvent dans des alléges ou autres embarcations.

mise à un autre temps, à moins que le vendeur n'y consente; enfin que, lorsqu'une vente de sels se fait pendant un gros d'eau, qui n'est pas à moitié écoulé, on doit enlever dans le cours de la reverdie. Si l'acheteur ne s'est pas conformé à ces usages, la vente est résolue de plein droit *au profit du vendeur*, parce que, comme le dit un arrêt de la Cour de Rennes du 21 février 1821, *les conventions relatives à un marché de sel exigent la plus grande célérité dans l'exécution.*

C'est encore ainsi qu'à Marseille, dans le commerce des savons avec les négociants de l'intérieur, les termes dans lesquels la commande désigne la marchandise n'en constituent pas seuls la qualité. Il est d'un usage constant que le complément de la désignation se tire du pays à la consommation duquel le savon est destiné, et d'où la demande est faite (jugement du trib. de Mars., 5 février 1843, t. 23, 1, 125). « Par exemple, porte ce juge« ment, une *bonne qualité*, *coupe ferme*, propre à la « consommation de Toulouse et de Lyon, diffère *essentiel« lement* d'une *bonne qualité*, *coupe ferme*, propre à la « consommation de Paris quant à la fabrication et au prix, « et ainsi de suite pour toutes les autres places. »

Si vous vendez ou achetez au Havre des suifs de *Russie*, il est entendu que vous promettez ou stipulez des suifs de *Saint-Pétersbourg*, et non des suifs d'aucune autre contrée de la Russie. Il en est de même des chanvres et des potasses (*Annales du droit commercial*, par MM. Lehir et Raoult, 1843, page 159).

A Rennes, l'habitant de la campagne, fabricant de toiles, remet ses toiles au négociant qui les achète. Celui-ci met à part, pour les rendre, celles dont il ne veut pas, ou établit des réfactions de prix à raison des défectuosités qu'il trouve à la marchandise. Tout cela se fait en

l'absence du fabricant, auquel il n'en sera parlé que la semaine suivante, ou peut-être plus tard. Mais tout est consommé. Tel est l'usage ; il est immémorial, et l'on peut juger par là quelle confiance inspire la probité des négociants que chaque vendeur fait arbitres souverains de leurs intérêts personnels et des siens propres.

A Concarneau, le prix de la sardine est fixé chaque année, pour toute la saison de la pêche, d'une manière uniforme et d'un commun accord, par les négociants fabricants d'huile. Le marinier-pêcheur s'en rapporte à leur loyauté qui ne lui fait jamais défaut.

En un mot, non-seulement chaque place a ses usages particuliers, mais elle en a presque autant qu'il existe d'espèces de marchandises dont on y fait le commerce, et, en général, ils sont fondés sur la bonne foi et l'équité.

Nous disons *en général*, car les usages locaux ne justifient pas toujours ce qu'ils sembleraient autoriser ; il s'en glisse d'abusifs, et lorsqu'une fois ils se sont introduits, qu'il faut de temps et d'efforts pour couper le mal dans sa racine !

Une question des plus graves en cette matière s'est présentée dans une des grandes juridictions consulaires de l'empire.

A la livraison de vingt-cinq barriques de sucre, vendues chacune sur échantillon, l'acheteur les refuse et fonde son refus sur le fait non contesté que la marchandise a un vice provenant de ce que, à la fabrication, la cuite trop forte avait tellement cristallisé le sucre qu'il ne formait qu'une masse impénétrable à la sonde, et qui, ne permettant pas au sirop de s'écouler, empêche le sucre de se purifier, et en augmente considérablement le poids.

De son côté, le vendeur fondait toute sa défense sur

l'usage. A Bordeaux, disait-il, les sucres sont toujours recevables, et il n'y a lieu à aucune bonification si le pied de la barrique (le dépôt du sirop) n'excède pas le cinquième et si le grain et la nuance sont conformes aux échantillons (ce qui avait lieu dans l'espèce). Au-dessus du cinquième et jusqu'au tiers de la barrique, il est dû une réfaction en indemnité; au delà du tiers du pied, la vente peut être annulée; mais, s'il y a des masses dans une barrique, et que ces masses pulvérisées présentent un grain et une nuance semblables aux échantillons (ce qui avait encore lieu dans l'espèce), leur présence ne détruit pas le marché; il n'est même pas dû de bonification.

Ces maintiens étaient attestés par un certificat signé des principaux courtiers et négociants de la place, et l'acheteur, loin d'en contester l'exactitude, avoua spontanément à l'audience que la vente avait été conclue sous la condition que les sucres seraient soumis *au règlement d'usage.*

Les parties étant pleinement d'accord sur le point de fait, de quoi s'agissait-il donc? Uniquement de savoir si, quand les contractants se sont volontairement soumis à un usage, quel qu'il soit, le juge est obligé de faire exécuter le contrat.

La densité des sucres, porte le jugement (1), occasionnée par une mauvaise fabrication, *en altère essentiellement la nature et les propriétés principales*, et c'est là un vice qu'on ne peut reconnaître à la simple vue d'échantillons rendus friables par la trituration du sucre, originairement compacte et dur; un tel usage *révolte l'é-*

(1) Du 23 juin 1825. V. *Bibliothèque du comm.*, par M. Cuson, t. 1, p. 285.

quité et blesse la raison, puisqu'il tend *à favoriser la fraude; le consommateur est*, en dernier résultat, la victime d'un usage *perfide et funeste* qui mérite *l'entière réprobation des gens de bien*; c'est un usage *pernicieux*, *également contraire à la délicatesse et aux vrais intérêts du commerce*.

Qui ne croirait, à la lecture de ces motifs, que le tribunal va prononcer l'annulation de la vente? cependant il en ordonne l'exécution: « Attendu, dit-il, que l'usage « ayant *force de loi* entre les parties qui s'y sont soumi- « ses, le juge est forcé de s'y soumettre à son tour, tout « en le flétrissant solennellement de son blâme et en ex- « primant combien il y a urgence et nécessité de le ré- « former, puisque la mission du juge consiste uniquement « *à appliquer la loi* et non à la corriger. »

En rendant un juste hommage au respect que le tribunal professe pour la loi, n'hésitons pas à soutenir qu'il est tombé dans l'erreur. Son argumentation est un paralogisme.

Lorsqu'on dit que l'usage *a force de loi*, qu'en appliquant l'usage, *on applique la loi*, et que cela est dit dans le seul sens où on puisse le dire, c'est comme si l'on disait que l'usage *tient lieu de loi* à ceux qui s'y soumettent; mais il ne s'ensuit pas que l'usage soit loi, ni qu'il ait, en tout sens, la force de la loi.

Se soumettre expressément à l'usage ou s'y soumettre tacitement, en n'y dérogeant pas d'une manière expresse, sont deux soumissions dont l'effet est le même; c'est comme si le contrat contenait en toutes lettres et *sigillatim* tout ce que l'usage a introduit.

Ainsi, la soumission à l'usage se résume toujours en une convention, ou, si l'on veut, en une loi conventionnelle.

Mais quelles sont les conventions qui tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites? Les conventions *légalement* formées (art. 1134 C. civ.), c'est-à-dire, n'ayant rien de contraire *aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs* (art. 6 même Code). Or, une convention, ou, ce qui revient au même, l'adoption conventionnelle d'un usage qui favorise la fraude, d'un usage qui ne nuit pas seulement à l'un des contractants, mais dont le consommateur est la victime ; d'un usage contraire à la délicatesse, non moins qu'aux intérêts du commerce, enfin d'un usage qui révolte l'équité et les gens de bien ; une telle convention, disons-nous, viole assurément un grand nombre de lois tutélaires des bonnes mœurs et du bon ordre.

Ce n'est pas tout ; le tribunal reconnaît que le même usage *blesse aussi la raison*, et néanmoins il s'y soumet et se croit tenu de s'y soumettre! C'est confondre la loi et l'usage, précisément dans le point qui les différencie essentiellement. Quelques égards qu'on doive à l'usage, son pouvoir ne va pas jusqu'à vaincre la raison ou la loi : *Non usque adeò sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem* (L. 2, C., *Quæ sit longa consuet.*). Au contraire, une obéissance passive est due à la loi, semblât-elle contraire à la raison ; il suffit que sa volonté soit clairement énoncée : *Lex, quamvis irrationabilis, dummodò clara sit, servanda est* (Casareg., Resol. 3, n° 20).

La différence est donc celle-ci : le juge n'est pas juge de la loi : *Legum est imperare legibus* (Faber, ad leg. 28, D., *De legib.*) ; mais il est juge de la conformité de l'usage à la raison et aux lois d'ordre public.

Au reste, quels que soient les usages auxquels on se soumet, ils ne sont jamais, comme on l'a déjà dit, que des pactes accessoires, *accidentalia*, avec ou sans lesquels la

délivrance peut s'accomplir. Mais il est aussi des éléments essentiellement constitutifs de son accomplissement, *substantialia sine quibus consistere non potest*, et, sous ce dernier rapport, elle est régie par certains principes et par certaines stipulations consacrées dont l'explication sera l'objet du paragraphe qui va suivre.

---

§ V.

DE QUELLE MANIÈRE DOIT SE FAIRE ET COMMENT S'ACCOMPLIT LA DÉLIVRANCE DE LA CHOSE VENDUE.

SOMMAIRE.

119. Il faut d'abord distinguer si la chose vendue est un corps certain, ou si elle est un corps incertain.
120. Du cas où la chose vendue est un corps certain; espèces données en exemple; règle; l'objet vendu étant un corps certain, ce corps seul peut et doit être livré.
121. L'obligation de livrer un corps certain emporte celle de veiller à sa conservation; pourquoi elle est inhérente au contrat de vente; le commerce n'a pas admis la disposition rigoureuse du droit romain, qui permettait, à l'échéance du terme de la livraison, de jeter la chose sur la voie publique; du reste, l'obligation de conserver peut être plus ou moins restreinte, même exclue par la convention.
122. Par réciprocité, l'acheteur doit rembourser au vendeur les frais faits pour la conservation de la chose; il en est tenu *actione venditi*, et, jusqu'à payement, le vendeur a droit de rétention.
123. Le corps certain doit être délivré dans l'état où il se trouve; l'acheteur profite de l'augment, comme il supporte la détérioration; interprétation de l'art. 1614 et sa conciliation avec l'art. 1245 du Code civil.

124. Le vendeur d'un corps certain ne peut résoudre la livraison en dommages-intérêts; l'acheteur peut même être mis en possession de la chose; mais ce n'est pas là un effet de la vente; question agitée à ce sujet par les commentateurs du droit romain; pourquoi, dans la vente d'un corps incertain, l'acheteur n'a qu'une action personnelle contre le vendeur.

125. Du cas où la chose vendue est un corps incertain; lorsqu'elle n'est déterminée que par l'espèce et la quantité, le vendeur ne peut livrer ni l'acheteur exiger *pessimum aut optimum genus;* ordinairement, outre l'espèce et la quantité, la marchandise est déterminée par divers accidents convenus, la qualité, le poids...

126. L'espèce convenue peut seule être livrée; *quid,* si le vendeur livre une espèce supérieure? Cas où l'espèce délivrée est frappée d'un droit plus fort à raison de sa supériorité.

127. Sauf un seul cas dont il va être parlé n° 129, un acheteur ne saurait être contraint de se livrer d'une quantité supérieure à son achat; mais il peut, suivant les circonstances, être tenu de recevoir moins avec *une réfaction* du prix.

128. Divers cas où la quantité convenue doit être livrée sous peine de résolution avec dommages-intérêts, ou de remplacement par achat sur place; disparité entre ces divers cas.

129. La clause *environ* est relative à la quantité; quel en est le sens; on l'applique dans la vente de corps déterminés dont on approxime la quantité, mais nulle raison pour ne pas s'en servir dans la vente de corps incertains; effet de la clause; espèce où, par le fait du vendeur, elle cesse de produire son effet; autre espèce où, à raison des circonstances, elle change d'acception.

130. Le poids sert à exprimer tantôt la quantité, tantôt la qualité de la chose vendue.

131. La forme convenue ne doit pas être moins observée que le poids dans la livraison de la chose vendue.

132. Il en est de même de la provenance.

133. La qualité de la marchandise livrée, si on n'en a pas spé-

cifié la nuance, doit être moyenne : *nec optimum nec pessimum.*

134. L'échantillon a pour objet d'empêcher la substitution d'une marchandise à une autre ; comment se livre l'échantillon ; peut-on le remettre à l'acheteur sans qu'il soit cacheté, scellé ?

135. La marchandise non conforme à l'échantillon ou à la commande peut être refusée, mais l'acheteur doit déclarer son refus sur-le-champ ; *quid*, si une partie de la marchandise seulement est de la qualité convenue ? le vendeur peut-il forcer à recevoir ce qui est de recette, ou l'acheteur résoudre la vente ?

136. De la clause par laquelle on convient que *ce qui ne sera pas de la qualité convenue sera réduit ou bonifié* ; divers jugements du tribunal de commerce de Marseille ; extrait d'un certificat des syndics des jaugeurs de la même ville.

137. De la convention à forfait sur la qualité ou de la clause *tel quel* ; ce qui la légitime ; dans l'usage, on la restreint à la qualité, mais elle peut être généralisée et comprendre l'état *tel quel* de la marchandise.

138. On oppose à la clause *tel quel* la clause *marchandise saine*, *fraiche*, etc. ; sens et portée de cette clause ; espèce jugée.

139. Transition au paragraphe suivant.

119. — Il faut tout d'abord distinguer si la chose vendue est corps certain, *corpus*, *species*, ou si elle est un corps incertain, *genus*, *quantitas*.

120. — La chose vendue est corps certain (V. t, 4, n° 18), non-seulement lorsqu'elle a un caractère propre d'individualité, comme la goëlette *l'Amélie*, le champ *Cornélien*. . ., mais encore lorsque la convention des parties la désigne de telle sorte qu'elle ne peut être confondue avec des choses de même espèce. Aux exemples donnés

t. 4, n° 19 et suiv., nous en ajouterons quelques autres. Je vous ai vendu, livrables à l'arrivée du navire *l'Estafette,* quatre caisses opium d'Égypte nos 1 à 4. Quel que soit le nombre de caisses que le navire apporte, je ne suis tenu de livrer, ni vous de recevoir que celles qui sont ainsi désignées. Si donc en douane les caisses ont été ouvertes et le contenu mélangé, à dessein ou par hasard, avec celui d'autres caisses, la marchandise que je veux vous livrer n'est plus le corps certain que je vous ai vendu.

Quelquefois la désignation est moins spéciale, et la chose vendue ne peut être prise que dans un nombre limité de choses de la même espèce : par exemple, lorsque je vous vends quatre caisses opium d'Égypte livrables à l'arrivée de tel navire. Je puis bien vous livrer, et vous ne pouvez refuser quatre caisses du nombre de celles dont le chargement se compose ; mais je dois vous les offrir, et vous devez les prendre telles qu'elles sont arrivées, sans mélange du contenu avec celui d'autres caisses de même espèce, ou de la même cargaison.

Ainsi, quand la chose est corps certain, ce corps seul peut et doit être délivré; autrement l'objet livré ne serait plus ce qui est acheté et promis.

121. — L'obligation de livrer un corps certain emporte l'obligation de le conserver jusqu'à la livraison : qui *détient, garde.* Cette dernière obligation consiste à veiller à la chose, comme un bon père de famille, et à lui donner les soins qu'elle réclame suivant sa nature et les circonstances : *Talis custodia desideranda est à venditore quam bonus paterfamiliâs suis rebus adhibet* (Gaius, L. 35, § 4, D., *De cont. empt.*). Elle est inhérente au contrat, et, si la convention est muette à cet égard, le vendeur n'en

peut être affranchi qu'en déposant la chose en mains tierces, du consentement de l'acheteur, ou par le mandat du juge. L'expiration du jour fixé pour la délivrance, et même la constitution de l'autre partie en demeure, ne l'excusent pas de toute responsabilité. Il répond encore, non-seulement de son dol, mais aussi de sa faute, comparable au dol (*lata culpa*) (1). A Rome, quand le terme était passé, et l'acheteur mis en demeure, le vendeur avait le droit, rigoureusement parlant, de jeter la chose sur la voie publique, *vinum effundere*. Mais ce qui n'est pas défendu n'est pas toujours honnête (2), et Ulpien recommande un tempérament bien conforme aux égards que les commerçants se doivent entre eux. Si le vendeur, dit-il, n'a pas répandu le vin, quoiqu'il fût en droit de le faire, il est digne d'éloges, et l'on ne peut lui refuser le loyer de ses tonneaux : *Si cùm effundere posset, non effundit, laudandus est ; eapropter mercedem quoque doliorum exigere potest.* Après tout, cette rigueur d'exécution avait sa principale raison dans une nécessité (3) que n'a pas à subir maintenant l'état habituel du commerce.

L'obligation du vendeur de conserver la chose n'étant pas de l'essence du contrat, mais seulement de sa nature, la convention peut l'étendre, la restreindre ou l'exclure : *Quid inter eos de rei custodiâ convenerit, animadvertendum.* Un vendeur y manquerait, dans les cas ordinaires, si, sachant que la marchandise est d'une qualité sujette à

(1) Cùm moram emptor adhibere cœpit, jam non culpam, sed dolum malum tantùm præstandum à venditore (L. 17, D., *De contrah. empt.*).

(2) Non omne quod licèt honestum est (L. 144, D., *De reg. jur.*).

(3) Les tonneaux n'étaient pas mobiles comme aujourd'hui ; ils restaient enfoncés dans la terre.

se détériorer, ou court quelque risque par la mauvaise composition des emballages, il n'en informait pas l'acheteur le plus tôt possible. La garde, en effet, ne consiste pas dans une surveillance inactive; elle impose le devoir de prévenir la perte et la détérioration de la chose. Ainsi fait le bon père de famille.

122. — Par une juste réciprocité, lorsque du jour de la vente au jour de l'enlèvement, le vendeur a fait des dépenses pour la conservation de la chose, par exemple, pour l'avouillage des vins, le coulage des fûts, le remuement des grains, etc., l'acheteur est tenu de les lui rembourser : *Prætereà ex vendito agendo consequetur etiàm sumptus qui facti sunt in re distractâ* (L. 13, § 22, D., *De act. empt. et vend.*). Ces frais sont dus au vendeur en vertu de la vente même, *actione venditi*. Car, quoiqu'il ait géré une chose encore sienne, les risques de cette chose n'étant plus à son compte, il ne l'a pas gérée comme propriétaire, ni de sa pure volonté, mais en qualité de vendeur tenu de la garder, et, par suite, d'avancer les frais que sa garde exigeait. Il peut donc la retenir jusqu'à parfait remboursement : *Quasi quodam jure pignoris.*

123. — Comment doit être délivré le corps certain vendu? En l'état où il se trouve. C'est la conséquence des principes sur la perfection de la vente exposés t. 4, nos 105 et suiv. Dans la vente pure et simple et dans la vente purifiée, le risque est à la charge de l'acheteur, ou est censé y avoir été, à partir de l'instant même où le contrat s'est formé. L'augment lui profite donc et la détérioration le regarde : *Ab initio contractûs, emptoris est omne commodum et incommodum.* Cependant le Code civil (art. 1614), au lieu de dire que la chose doit être

délivrée en l'état où elle se trouve *au moment de la livraison*, veut qu'elle soit délivrée en l'état où elle se trouve *au moment de la vente.*

Or, entendue littéralement, cette disposition contredirait et notre principe et le Code civil lui-même (article 1245). Que signifie-t-elle donc? A notre avis l'art. 1614 présente un sens imparfait qui doit être complété par l'article 1245 du même Code. Le corps certain est vendu tel qu'il est exhibé et qu'il se comporte au moment de la vente, par exemple, une maison avec le mobilier d'attache; un héritage avec les objets de son exploitation. Du jour de la vente au jour de la livraison, le vendeur ne peut en changer l'état : le corps certain est dû tel qu'il a été vendu. Voilà le sens de l'art. 1614. Mais il ne s'ensuit pas que, si le corps certain se détériore ou vient à s'améliorer par un fait étranger au vendeur, celui-ci ait l'obligation ou le droit de le livrer dans l'état où il se trouvait au moment de la vente.

Qu'elle se soit augmentée ou détériorée, la chose est due dans l'état où elle se trouve *au temps de la délivrance*, et ne peut être exigée qu'en cet état (V. t. 4, n° 104). C'est le cas de la règle *emptoris est omne commodum atque incommodum ;* et, comme cette règle est formellement consacrée par l'art. 1245 du Code civil, le rapprochement de cette disposition et de l'art. 1614 fait disparaître leur antinomie littérale. Si donc vous m'avez acheté mon brick *le Nestor* actuellement en voyage, et qu'il vienne à éprouver des avaries, je ne vous le dois qu'en l'état où il arrive.

Mais, à part l'augment et le déchet, c'est un autre principe que la chose est due en l'état où elle se trouvait *au moment de la vente*, par conséquent avec tous les accessoires qu'elle avait alors, à moins que la convention ne

les ait totalement ou partiellement exclus. Ainsi, par exemple, vendre *un fonds de commerce* sans autres explications, c'est s'obliger à livrer toutes les marchandises, le comptoir, les balances, les rayons sur lesquels les marchandises sont placées, les armoiries ou autres insignes servant à désigner l'établissement et à fixer l'achalandage (M. Troplong, *Vente*, t. 2, n° 323). C'est même s'obliger à subroger l'acheteur dans le bail du magasin ou de la boutique, et à lui en livrer le double. Vendre *un navire*, c'est en vendre les agrès et apparaux, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Vendre dix tonneaux de vin ou dix caisses de liqueurs, c'est vendre les futailles ou les bouteilles; et, si l'obligation de livrer comprend de plein droit les accessoires, à plus forte raison comprend-elle les choses sans lesquelles ce qui est vendu serait inutile. C'est pourquoi, si je vends mon imprimerie à toute autre personne qu'un imprimeur breveté, non-seulement je m'oblige à livrer les caractères, presses, papiers, composteurs et autres ustensiles, mais je m'oblige encore à transmettre mon brevet, sauf l'agrément du gouvernement.

Ne poussons pas plus loin les exemples. Il est toujours très-aisé de voir ce qui est augment ou déchet, ce qui est nécessaire à la chose, ou n'en est qu'un accessoire.

Le corps certain vendu est donc livrable, non-seulement avec ses accessoires, comme un fonds de commerce avec ses ustensiles, le loyer des boutiques, des magasins, mais encore avec son augment (V. t. 4, n° 204), tel que le croît d'animaux, *fœtura*, mais encore avec les fruits naturels ou civils. Il est livrable avec les détériorations fortuitement souffertes, *v. g.*, lorsque les vins que j'ai goûtés, agréés, marqués, viennent à tourner par accident et sans votre faute, ou à perdre de leur qualité, ou lorsque

le navire que je vous ai vendu vient à éprouver des avaries par un gros temps.

124. — Il est, dans la vente d'un corps certain, deux singularités à remarquer : le vendeur ne peut, par sa seule volonté, résoudre en dommages-intérêts son obligation de livrer. En second lieu, l'acheteur peut être mis, *manu militari*, en possession de la chose. Mais cette mise en possession ne dérive pas de la vente ; c'est l'effet d'un mandat du juge ou d'un titre exécutoire. La puissance publique fait exécuter le contrat dont le vendeur a l'injustice de refuser l'exécution (1). S'agit-il, au contraire, de la vente d'un corps incertain, jamais l'acheteur, à moins d'une convention formelle, ne peut être autorisé à prendre la chose dans les magasins du vendeur. On ne peut, en effet, appréhender, comme on ne peut revendiquer, que ce qui est certain et déterminé. L'acheteur donc, par la force des choses, n'a qu'une action personnelle (*actio contrà personam*) en dommages-intérêts, ou pour se faire licencier de justice à exécuter la vente, aux risques et dépens du vendeur par un achat sur place, de même espèce, quantité, qualité.

(1) Les anciens interprètes du droit romain ont agité la question de savoir *utrùm venditor præcisè tradere compellatur, an solvendo id quod interest, à rei præstandæ necessitate liberetur*. Martinus enseignait que le vendeur peut être, par la dépossession, contraint à livrer la chose vendue ; c'était l'opinion commune. Cependant Bulgarus, Johannes, Azo, Hugolinus, Donellus, sont d'un sentiment contraire (V. Pacius, n° 231, *De empt.*), et disent que la vente, si le vendeur ne veut pas l'exécuter, ne peut que se résoudre en dommages-intérêts, *in id quod interest emptoris*. C'est cette dissidence, rappelée par Pothier, qu'on se proposait de trancher par l'article 1583 du Code civil. Mais le texte est allé plus loin que l'intention.

125. — Dans la vente d'un corps incertain, d'une chose fongible, *quæ pondere, numero, mensurâve constat*, la chose doit être déterminée ou doit pouvoir l'être, au moins par l'espèce et la quantité (V. t. 4, n° 18) ; lorsque cette hypothèse se présente, le vendeur ne peut offrir de la pire espèce, ni l'acheteur exiger de la meilleure : *Nec pessimum, nec optimum genus.* Telle est la règle du droit : elle est consacrée par le Code civil (art. 1022).

Mais ordinairement la marchandise vendue est déterminée, sinon par la simultanéité, du moins par un concours partiel des indications suivantes, à savoir, l'espèce, la quantité, la qualité, le poids, la forme, la provenance. Chacune de ces désignations principales exige donc un mot d'explication.

126. — *De l'espèce.* L'espèce de la marchandise étant convenue, le vendeur ne peut en présenter, ni l'acheteur en exiger une autre. L'espèce que celui-là voudrait livrer fût-elle d'une qualité supérieure à la qualité promise, celui-ci est le maître de n'en vouloir pas. Elle peut ne pas convenir à l'objet de son commerce. Voici un exemple : Boy vend à Rampol, fabricant de savon, deux futailles huile *marchande et non verte*, à livrer au débarquement du *Diligent*, au prix de 64 fr. les 65 litres, à toute consommation, avec faculté de recevoir à l'entrepôt de la douane et de l'octroi sous la déduction des droits. A l'arrivée de la marchandise, le prix est réglé et payé sous la déduction des droits relatifs *à des huiles de fabrique.* Mais la douane ayant reconnu les huiles *comestibles*, les soumet à une augmentation de droit de 10 fr. par 100 kilogr. De là procès. L'acheteur demandait au vendeur le supplément du droit exigé par l'administration. Il était constant que les parties n'avaient entendu vendre et acheter que

des *huiles de fabrique*. Or, de deux choses l'une : ou l'acheteur consentait à se livrer d'huiles d'une qualité supérieure, et, en ce cas, il était contraire à la bonne foi, *bonæ fidei incongruens*, que pouvant vendre à la consommation des huiles *comestibles* qu'il avait payées comme *huiles de fabrique*, il laissât l'excédant des droits à la charge de son vendeur ; ou il exigeait que des huiles de l'espèce convenue lui fussent livrées, et il était juste que le vendeur fût admis à offrir pareille espèce et pareille quantité d'*huiles de fabrique*. En décidant ainsi, on satisfait à toutes les exigences de l'équité et de la justice ; c'est ce que fit le tribunal de Marseille (V. t. 12, 1, 298).

127. — *De la quantité*. Il entre souvent dans les spéculations d'un commerçant d'avoir et de n'avoir que telle quantité de marchandises ; l'excédant resterait à perte. Souvent aussi il est impossible à un vendeur de délivrer précisément la quantité convenue, car il est peu de marchandises qui ne soient pas sujettes à des tares, des déficits, des dessiccations quelquefois considérables, suivant la nature de la chose, le trajet à parcourir, l'état de la saison, les variations de l'atmosphère ; d'un autre côté, au moment de la vente, elle peut être en cours de voyage, exposée aux dangers de la route ou de la navigation.

De ces considérations se déduisent deux conséquences :

1° Qu'un commerçant ne peut être chargé d'une quantité de marchandises supérieure à son achat ; comme il ne peut exiger plus qu'il n'a acheté, on ne peut lui livrer plus qu'on ne lui a vendu ;

2° Que pour un déficit de peu d'importance, le contrat ne doit pas être résolu : *Propter minimam causam*, dit la loi romaine, *res inempta fieri non debet*. Telle est aussi la pensée de l'art. 1184 du Code civil, suivant lequel, au cas

d'inexécution de la part de l'un des contractants, la résolution du contrat n'est pas livrée à la discrétion de l'autre; le juge statue, *proùt res fert*, libre de prononcer ou de ne pas prononcer la résolution. Quoi de plus contraire à la bonne foi que de laisser le sort d'une vente à la volonté d'un acheteur qui, sous un prétexte frivole, ne demande la résolution que pour se soustraire aux effets d'une baisse survenue? C'est surtout à l'exécution de la vente qu'on doit appliquer cette belle maxime du droit des gens : *Ex æquo et bono agere oportet*. Alors point de résolution, mais seulement diminution de prix, proportionnelle à la quantité que le vendeur ne délivre pas.

Cette diminution, dans le langage du commerce, s'appelle *réfaction*, *reficitur pretium*.

Ainsi, sauf le cas dont il va être parlé n° 129, l'acheteur ne peut jamais être contraint de se livrer de plus qu'il n'a acheté; mais, suivant les circonstances, et lorsque le vendeur n'est pas en faute, il peut être tenu de recevoir une moindre quantité, sous réfaction du prix.

Ce qui vient d'être dit du déficit de la quantité provenant du vice de la chose ou du cas fortuit, est *à fortiori* applicable lorsque la livraison est expressément ou tacitement subordonnée à un événement quelconque, par exemple au chargement sur tel navire et à l'arrivée du navire.

128. — Mais lorsque le vendeur a su par la convention même que la quantité promise faisait la spéculation de l'acheteur, comme dans l'espèce citée, t. 4, n° 274; lorsque, par la nature de l'achat, il n'a pu ignorer que la chose ne pouvait ni ne devait être livrée par parties, comme dans le cas d'un assortiment de marchandises, il est clair qu'on ne saurait l'excuser de ne pas faire une

livraison complète. En pareil cas, ne livrer qu'une partie, c'est équivalemment ne pas livrer. L'acheteur est donc en droit de résoudre la vente avec dommages-intérêts.

Il en doit être de même dans l'espèce d'une simple vente au poids, au compte ou à la mesure, et dont la livraison n'est subordonnée à aucune condition expresse ou tacite ; par exemple, lorsque je vous vends soixante balles coton jumelle d'Alexandrie, livrables le 1er juillet, il n'est pas de motifs pour que je ne livre pas la quantité promise. Si je les ai en mon pouvoir, je ne suis pas excusable, et mon refus ne peut avoir pour cause qu'une hausse actuelle ou prévue de la marchandise ; si je ne possède pas cette quantité de coton, je dois m'imputer à faute de l'avoir vendue sans m'être assuré du moyen de me la procurer avant l'échéance. Je ne puis donc me plaindre que l'acheteur résolve la vente avec dommages-intérêts, ou qu'on l'autorise à se remplacer sur place, à mes frais et risques.

Il y a pourtant une disparité entre les deux espèces. Dans la première, où l'obligation de livrer se résout en dommages et intérêts, outre que le vendeur est tenu du gain dont l'acheteur est privé, il lui doit aussi la perte, résultat immédiat du défaut de délivrance ; dans la seconde, au contraire, si l'acheteur veut résoudre, il peut demander seulement la différence existant entre le prix convenu et le prix en hausse. Pour le cas où il poursuit l'exécution de la vente, V. t. 4, n° 275.

129. — Le mot *environ*, joint à l'énonciation de la quantité, forme une clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de livrer jusqu'à 5 p. 100 en deçà ou au delà du *quantùm* conventionnel ; ainsi du moins l'inter-

prète l'usage, mais il ne l'applique qu'aux choses rendues corps certains, soit par le lieu où elle se trouvent, soit par les magasins qui les contiennent ou devront les contenir : par exemple : je vous vends 300,000 kilog. de sel, *environ*, que j'ai sur les marais salants du Croisic.... 32 hectolitres huile d'œillette, *environ*, pour être livrés et reçus, fin de décembre prochain, à l'heureuse arrivée de mon brick *le Neptune*, ou de tout autre navire que je désignerai dans huit jours.

Si l'on demande pourquoi la clause *environ* est ainsi limitée aux corps certains, la seule réponse est de dire : *sic usus voluit*. Il n'est, selon nous, aucun motif d'en refuser l'application à la vente de corps incertains, de choses qui s'achètent au poids, au compte ou à la mesure : *v. g.*, lorsque prévoyant qu'il lui sera peut-être impossible de livrer précisément la quantité vendue, ou de ne livrer que cette quantité sans éprouver un préjudice, le vendeur veut se réserver une latitude de 5 p. 100, en plus ou en moins : je vous vends 50,000 kilog. de tel sucre, *environ*, livrable à telle époque. La réciprocité des droits est, sans doute, à désirer dans les contrats synallagmatiques ; mais l'avantage que le vendeur stipule, l'acheteur peut le compenser, et il est censé l'avoir compensé dans la convention sur le prix.

En vertu de la clause, si le vendeur possède en entier la quantité promise, et qu'il y ait hausse, il retient donc 5 p. 100 ; au cas contraire, il les livre en plus, et, dans la double hypothèse, il ne fait qu'éviter une perte ; car, livrer ce qui vaut plus, ou garder ce qui vaut moins que le prix convenu, c'est également perdre.

Mais il est un cas où la clause *environ* est réputée non écrite : c'est lorsque le vendeur qui l'a stipulée, et dans l'intérêt duquel elle est tout entière, n'a pas rempli les



conditions d'où l'effet de la clause dépendait. Voici un exemple :

En avril 1838, vente par Archias à Daniel de 40,800 kilogrammes, *environ*, soufres de Sicile deuxième qualité, à tel prix, pour recevoir au débarquement à l'heureuse arrivée de navires à désigner du 1er septembre à fin d'octobre ; faculté pour le vendeur de livrer les soufres, *marché ferme*, soit du bord, soit du magasin, du 1er octobre à fin de décembre. Novembre s'écoule, et point de désignation. Cependant, en décembre, Archias offre à Daniel la quantité vendue réduite du vingtième, c'est-à-dire 38,760 kilogrammes. Cette déduction devait-elle être faite? C'était le litige. Nul doute sur la déduction, si le vendeur se fût borné à dire qu'il vendait telle quantité de soufres *environ*, livrables à l'heureuse arrivée de tel ou tel navire. Mais ne s'était-il pas, en outre, réservé la faculté de rendre le marché *ferme*, et de livrer soit du bord, soit du magasin? Or, la non-désignation du navire dans le délai fixé impliquait la volonté de rendre le marché *ferme*. Archias se soumettait donc à livrer, fin de décembre, quelles que fussent les éventualités; car, la clause n'étant convenue que pour le cas où les soufres viendraient par des navires à désigner, c'est-à-dire pour le cas d'incertitude sur la quantité qu'ils apporteraient, dès que le vendeur renonçait *sponte suâ* au bénéfice de cette incertitude, il s'engageait à livrer toute la quantité promise (Jug. 4 janvier 1839, *Mars.*, t. 18, 1, 133).

Non-seulement, comme on vient de le voir, la clause *environ* peut demeurer sans effet; elle peut aussi tirer des circonstances et de la condition du vendeur une acception tout autre que celle reçue dans la pratique du commerce. *V. g.*, voulant se défaire de la récolte de l'année, un propriétaire de marais salants s'abouche avec un négociant,

le conduit sur les lieux, lui montre les mulons ; des échantillons sont pris, examinés, puis l'on traite. Le propriétaire vend sa récolte, 300,000 kilog. *environ*, au prix de tant les 100 kilog. Le mot *environ* n'a plus ici sa signification mercantile. Ce propriétaire, en effet, ne spécule point. Jamais il n'eut la pensée de se réserver le droit de déduire 5 p. 100 sur la quantité vendue si la marchandise était en hausse au temps de la délivrance, et de les livrer en plus si elle se trouvait en baisse. Il n'a voulu qu'une chose : vendre une récolte dont on évaluait la quantité par approximation ; il entendait vendre et le négociant acheter tout le sel qu'ils avaient vu sur les marais ; et, quelle qu'en soit la quantité, il doit être livré et reçu tout entier, au prix convenu pour chaque 100 kilog.

130. — *Du poids.* Le poids se réfère tantôt à la quantité, tantôt à la qualité : à la quantité, quand il ne sert qu'à déterminer le *quantùm* (V. t. 4, nos 117 et suiv.); à la qualité, lorsque le prix se règle sur le poids, et que ce poids est fixé pour chaque nombre ou chaque unité de mesure : par exemple, si je vous vends des cuirs-vaches, et qu'il soit convenu que chaque peau atteindra et ne dépassera pas 10 à 12 kilogrammes, je ne puis vous livrer des cuirs d'un poids en dessus ou en dessous de la tolérance convenue; ce ne serait plus la chose achetée. D'ailleurs, il n'est pas indifférent à l'acheteur d'avoir telle sorte de cuirs, soit qu'il les manufacture, soit qu'il les revende. Peu importe que, trompé sur le poids des cuirs par un précédent vendeur, je ne les aie revendus que sur sa déclaration ou sur sa facture. Si je suis victime d'une erreur ou d'un dol, j'ai mon recours contre qui de droit ; mais pourquoi mon acheteur en souffrirait-il?

131. — *De la forme.* La forme ne doit pas moins que le poids être observée dans la délivrance; car dès que la chose offerte n'a pas la forme désignée, elle n'est pas la même chose que la chose promise. Tels produits acquièrent de la forme une valeur réelle ou de convention, et, s'ils ne sont pas de la forme commandée, ils deviennent d'un débit difficile, ou même un fonds mort entre les mains de l'acheteur, fussent-ils supérieurs sous le rapport de la qualité. La matière ne fait pas toujours le prix d'une marchandise, mais souvent le caprice, la mode, une configuration bizarre, les habitudes de la localité (V. t. 2, n°° 237 et suiv.).

132. — *De la provenance.* Ce qui est vrai de la forme l'est aussi de la provenance. Dès que la provenance est promise, elle est de l'essence de la chose. Si donc vous m'avez vendu des sucres *Saint-Domingue*, vous ne pouvez me livrer des sucres *Bourbon* ou des sucres *Manille* : *Tradendum est hoc ipsum in quod convenerunt.*

133. — *De la qualité.* Il peut y avoir dans la qualité diverses nuances (V. t. 2, n° 238), et, si l'on n'en spécifie aucune, on suit à cet égard la même règle que pour l'espèce, ni du meilleur, ni du pire : *nec optimum, nec pessimum.* Mais, si la nuance a été convenue, la marchandise doit y être conforme; autrement, *aliud quid venditum videtur.*

134. — C'est pour assurer l'identité de marchandise, de qualité, de poids, de provenance, pour empêcher toute substitution ou sophistication, que s'est introduit l'usage des achats sur *échantillons.* L'échantillon est accordé entre parties, cacheté, puis scellé; à l'arrivée de la chose

ou lors de la délivrance, il sert de terme de comparaison. Quand la marchandise n'y est pas conforme, l'acheteur peut la laisser pour compte. Si le vendeur conteste, des experts sont appelés, et c'est sur leur rapport que le juge prononce.

Que, contrairement à l'usage, l'échantillon soit confié à la probité de l'acheteur, sans être cacheté et scellé, la convention n'en sera pas moins valable. Le vendeur dirait en vain que l'acheteur a pu facilement changer l'échantillon ; il est licite de se confier à la foi d'autrui, et, si le dol n'est pas prouvé, le marché doit recevoir sa pleine exécution.

135. — Lorsque la marchandise n'est pas d'une qualité conforme à l'échantillon ou à la commande, c'est sans aucun doute un motif légitime de ne pas la recevoir. Quelle doit être en ce cas la conduite de l'acheteur ? quelles précautions doit-il prendre ? C'est ce qui sera dit en temps et lieu. Observons toutefois dès à présent que le refus doit être franc et loyal, déclaré sur-le-champ, régulièrement constaté. Si l'acheteur en use autrement, s'il ne s'abstient pas de tout fait pouvant donner à croire qu'il agit en possesseur ou en propriétaire, c'en est assez pour qu'on ait le droit de présumer qu'il épie la hausse ou la baisse, et qu'il a la conscience que le vendeur s'est fidèlement acquitté de son obligation.

Mais lorsqu'une partie seulement de la marchandise est conforme à la qualité vendue, la non-conformité de l'autre ne fût-elle due qu'à une erreur que le vendeur aurait commise, celui-ci ne peut s'en autoriser pour vouloir que l'acheteur lui délaisse le tout, ou qu'il prenne le tout moyennant une réfaction du prix. Qui se trompe se nuit. qui commet la faute en répond, dit fort bien Casa-

regis : *Error nocet erranti, sicut et culpa culposo.* L'acheteur a seul le droit d'opter. On ne peut, contre sa volonté, le charger d'une marchandise qui ne lui convient pas. Il dépend donc de lui seul de prendre la partie conforme, et de refuser l'autre. Si le vendeur persiste, c'est comme s'il manquait à livrer.

Maintenant, si l'acheteur ne veut rien recevoir, pas même la partie qui est de recette, sera-t-il en droit de résoudre l'obligation? La question est d'autant plus grave que le cas est très-fréquent.

La qualité et la quantité dont le concours constitue, en général, la valeur de la marchandise, ont cela de commun qu'il y a des progressions ou degrés dans la qualité comme il en est dans le poids, le nombre et la mesure (V. t. 2, n° 238). Par conséquent, qui offre de livrer une qualité plus faible que la qualité vendue, veut exécuter le contrat d'une manière aussi imparfaite que s'il n'offrait pas de livrer toute la quantité promise, et dès lors la résolution peut s'ensuivre (V. t. 4, n°s 45, 46). Ce principe exige même, généralement parlant, son application rigoureuse. Sans cela, quelle confusion, quel désordre dans les transactions commutatives, et, dans l'exécution, que de lenteurs, que de litiges! Mais, comme le dit fort bien le président Favre, à peine est-il un droit assez général, une règle assez certaine, pour ne devoir pas subir quelque exception, quelque modification, réclamées par l'équité et par l'utilité publique, et prenant leur source, soit dans la qualité de la personne, de la chose ou du lieu, soit dans les autres circonstances du fait : *Vix ullum est jus tàm generale quod non aliquam exceptionem pati debeat, vix ulla regula tàm certa quæ non aliquandò vitietur, ob aliquam scilicèt æquitatem et utilitatem publicam quæ emergat ex qualitate personæ, vel rei, loci, aliisve circum-*

stanciis facti (Faber, *Ration.*, ad leg. 16; D., *De legibus*).

Ce docte commentaire d'une autre loi romaine (1) s'applique directement à la vente commerciale. Il est, en effet, des marchandises (par exemple, l'huile, le noir animalisé, et certains autres produits fabriqués) qui ne sont pas également parfaites. Elles contiennent, par leur nature même, des molécules impures, des corps étrangers, dont le dépôt en altère une portion plus ou moins considérable, ou les rend plus ou moins défectueuses. Exiger qu'elles fussent livrées avec les qualités exactement conformes à la stipulation, ce serait en proscrire la vente et, par suite, la fabrication. Or, ces marchandises sont presque toutes de première nécessité.

136. — C'est ce que le Commerce a fort bien compris, et il l'exprime en ces termes : *Ce qui ne sera pas* de la qualité *convenue sera réduit ou bonifié par des jaugeurs publics* (2) *ou des amis communs.*

Cette clause ne signifie pas que si la marchandise, ou une partie de la marchandise est, dans son essence, d'une autre qualité que la qualité convenue, l'acheteur la recevra moyennant une diminution proportionnelle dans le prix; elle signifie que le prix sera réduit à proportion de ce qui, ayant les conditions essentielles de la chose vendue, sera reconnu n'être pas de la qualité spécialement stipulée. Ainsi l'acheteur s'oblige implicitement à recevoir tout ce qui est de recette. Il n'a pas la faculté, comme dans les cas ordinaires (V. le numéro précédent), de prendre la

(1) C'est la paraphrase de la loi 202 D., *De reg. jur.* : *Omnis definitio in jure civili periculosa est; parùm est enim ut non subverti possit.*
(2) Ou par des experts, suivant la nature de la marchandise.

partie dont la qualité se trouve conforme à la stipulation en répudiant l'autre, ou de résoudre l'obligation pour le tout. La résolution ne peut avoir lieu que si le tout manque essentiellement de conformité; encore le juge peut-il, eu égard aux circonstances, accorder au vendeur un court délai pour présenter à son acheteur une autre marchandise de la qualité voulue. Voilà l'interprétation que la clause reçoit dans le commerce. Les juges-consuls de Marseille en ont fixé le sens d'une manière précise, notamment dans l'espèce suivante. A l'occasion de la vente d'une certaine quantité d'huile d'Andalousie, faite avec la clause dont il s'agit, le vendeur prétendait ne devoir subir que la réduction, bien que la marchandise fût mélangée d'huile de grignon et autres substances hétérogènes. L'acheteur, de son côté, invoquait la même clause; il soutenait qu'elle ne concernait que la réduction des matières impures ou des corps étrangers dont certaines marchandises ne peuvent être entièrement purgées. Le tribunal jugea que la clause n'a d'application qu'au seul cas où la marchandise offerte est en masse et essentiellement conforme à la qualité vendue. Néanmoins, un délai de trois jours fut accordé au vendeur (*Rec. de Mars.*, t. 19, 1, 4; t. 15, 1, 52; t. 5, 1, 347) (1).

Ce que nous avons dit de l'huile, on peut et on doit l'appliquer à toute autre marchandise qui serait, par sa nature, sujette au même inconvénient. Nous ne pensons même pas qu'il soit besoin de stipulation, car, à moins qu'il n'ait stipulé de la marchandise dépurée, l'acheteur

(1) V. aussi t. 19, 1, 14, un certificat des syndics des jaugeurs publics de Marseille attestant que « l'introduction d'une partie d'huile « étrangère dans une autre qualité d'huile est *une sophistication* ou « une fraude qu'ils ne sont pas appelés à régler, et qu'une huile « ainsi dénaturée ne peut être offerte en livraison sous réduction.»

ne pouvant ignorer l'inconvénient naturel et inévitable, il est censé, par cela même, s'être soumis aux conséquences que cet inconvénient entraîne.

Mais il est évident que ces réductions de la chose et ces réfactions de prix sont à l'usage exclusif des commerçants, ou du propriétaire qui vend sa récolte après fabrication.

Si je commande à Aix ou à Nice l'envoi d'une jarre d'huile pour la consommation de ma maison, il faut qu'on me l'expédie, en tous points conforme à la qualité que j'ai commandée. La réduction matérielle ne pourrait être opérée que par des moyens chimiques et coûteux que je ne suis pas tenu d'employer.

137. — On peut traiter à forfait sur la qualité, et c'est ce qui a souvent lieu, lorsque l'on vend *avant leur arrivée* des marchandises attendues et dont on n'a pu vérifier l'état. Cette clause est connue, dans le commerce, sous la dénomination de *tel quel* pour la qualité. Le vendeur et l'acheteur étant dans une égale ignorance de l'état de la marchandise, l'un ou l'autre peut gagner ou perdre suivant que la marchandise sera plus ou moins belle, plus ou moins inférieure en qualité ; chacun court la chance de la bonne ou mauvaise qualité. La clause est aléatoire, mais cesserait de l'être, si, de part et d'autre, il n'y avait pas une égale ignorance. C'est la bonne foi mutuelle qui légitime les différences souvent considérables en perte ou en gain ; si elle n'existe pas, les chances sont d'un côté ; le contrat est nul. Par la même raison, on ne peut livrer que la marchandise vendue et attendue : la bonne foi réprouve toute substitution, tout remplacement.

La clause *tel quel pour la qualité* ne s'applique qu'au plus ou moins d'infériorité de la marchandise. Le vendeur,

par conséquent, ne peut s'en prévaloir pour ne pas livrer la quantité, la forme ou la provenance convenue ; l'acheteur ne peut s'en autoriser que si on ne lui livre pas suivant la convention, à part la qualité.

Melchior Daniel vendit, par entremise de courtier, à Decormis 335 balles sucre *Bourbon*, chargées sur le *Ferdinand* arrivé de Bourbon à Marseille, *telles quelles*, au prix de fr. 58 le quintal, poids de table... A la livraison refus, et, par suite, expertise constatant que les balles ne contiennent pas de *sucre Bourbon*. Vainement le vendeur maintenait-il (ce qui était vrai) que les sucres venaient de Bourbon, et que, ces sucres étant vendus *tels quels*, l'acheteur n'était pas en droit de les refuser. Le tribunal de commerce de Marseille annula la vente, et avec raison ; car, si la marchandise offerte venait de Bourbon, elle n'en *provenait* pas, ce qui est très-différent. Elle n'était donc pas de l'espèce ou provenance désignée, quelle que fût d'ailleurs sa qualité (*Mars.*, t. 14, 1, 285; t. 16, 1, 262).

Dans cette vente, la clause était restreinte à la qualité. On conçoit, toutefois, qu'elle peut être généralisée, au point de comprendre, non-seulement la qualité, mais l'espèce, la provenance..... en un mot, la consistance *telle quelle* de la marchandise. Par exemple, je vous vends, au prix de fr. 50 par quintal, tous les sucres chargés sur le *Nestor*, *tels quels*, livrables à son heureuse arrivée, au débarquement. De quelque espèce, de quelque provenance, en quelque état que soient les sucres, le vendeur est tenu de livrer, l'acheteur de recevoir.

Mais, dans tous les cas, il faut que la marchandise soit *marchande*, c'est-à-dire, qu'elle ne soit pas au-dessous de la plus mauvaise dont le commerce est faisable. Une marchandise qui n'est pas marchande n'est pas de la marchandise.

138. — La clause : *marchandise saine, fraîche, bien conditionnée*, est en quelque sorte l'opposé de la clause précédente *tel quel.* Une espèce que nous tirons du *Recueil de Marseille* suffira pour faire comprendre le sens et la portée de cette clause. En avril 1829, le sieur Luce vend, par traité de courtier, aux sieurs Oxnard, Sprague et Fléchelle, 300 barils farine de la fabrique de Chapon de Menton, en bonne qualité, *saine, fraîche, bien conditionnée*, livrables sur le quai à l'heureuse arrivée du navire qui en serait porteur. Le vendeur déclare postérieurement le bateau *l'Assomption*, capitaine Palmaro. Le navire arrive en mai dans le port de Marseille, et, sur les 300 barils, il est reconnu par experts que 112 se trouvent plus ou moins avariés ; l'avarie est évaluée à 1 et 1/4 du prix de la vente. Offre par le sieur Luce de réduire le prix de 1 et 1/4 ; subsidiairement, de livrer les 188 barils sains, et de compléter la livraison dans un délai fixé. Refus par les acheteurs, fondé principalement sur ce que la marchandise n'est pas conforme à la stipulation du traité, et que, la vente étant réduite à la partie saine, l'objet vendu serait divisé. Jugement, 1er juillet 1829, qui accueille ces moyens et annule la vente : « Attendu, en droit, que le vendeur est tenu de livrer « la marchandise *dans l'état et la qualité qu'il a promis ;* « que, dans l'espèce, la vente ayant pour objet des farines « *saines et bien conditionnées*, celles dont la livraison est « offerte étant, d'après la déclaration des experts, ava- « riées en grande partie, les acheteurs ne pourraient être « tenus de les recevoir, moyennant la bonification offerte « par le vendeur, que là où le traité contiendrait la clause « en usage dans le commerce, qu'*en cas d'avarie, la boni- « fication en serait réglée par experts ;* que l'avarie, devant « être considérée comme une perte partielle qu'éprouve

« l'objet vendu, *donne le droit à l'acheteur de l'abandonner* « *ou de demander la livraison de la partie conservée, en* « *faisant déterminer le prix par la ventilation* ; que cette « faculté, *tout en faveur de l'acheteur*, ne saurait être re- « vendiquée par le vendeur, lequel, à moins de convention « contraire, *ne peut, dans aucun cas, forcer l'acheteur à* « *recevoir une quantité moindre que celle qui a fait l'objet* « *de la vente;* que l'offre subsidiaire, faite par le sieur « Luce, de livrer actuellement les cent quatre-vingt-huit « barils en bon état, et de compléter la quantité vendue « dans un délai qui serait fixé par le tribunal, est encore « contraire au traité, puisqu'elle *diviserait l'objet vendu*, « et dépasserait le temps fixé pour la livraison » (t. 10, 1, 309).

139. — On voit par ce jugement que, pour accomplir la délivrance, il ne suffit pas au vendeur d'offrir l'espèce, la provenance, la forme, la qualité et la quantité stipulées dans le contrat; le tribunal exige de plus l'offre de la chose *au temps fixé*, et nous ajoutons *dans le lieu convenu* pour que l'acheteur la reçoive. Cette double spécialité du temps et du lieu est ce qui fait l'objet du paragraphe qui va suivre.

---

§ VI.

DE L'ÉPOQUE ET DU LIEU OU LA CHOSE DOIT ÊTRE DÉLIVRÉE, ET DE CERTAINES CLAUSES RELATIVES AU LIEU DE LA DÉLIVRANCE.

SOMMAIRE.

140. Il importe au commerçant acheteur de recevoir la chose au temps et au lieu convenus.

141. 1° *De l'époque de la délivrance.* La vente peut être faite avec terme ou sans terme de livraison ; ce qui caractérise la livraison sans terme; elle ne cesse pas d'être telle malgré un retard forcé de quelques jours.

142. Le temps est fixé par la convention, ou l'usage ; il peut être ou préfix, ou limité à un terme plus ou moins rapproché, plus ou moins éloigné ; il peut aussi n'avoir d'autre limite que l'arrivée d'un événement contingent; mais point de différence, quant à l'effet final, entre ces divers modes de convenir du terme.

143. 2° *Du lieu où la délivrance doit être effectuée.* Le lieu n'est pas moins important que le terme; il peut être convenu ou ne l'être pas; effet différent selon que la chose est un corps certain ou un corps incertain, ou que le vendeur est chargé de l'expédier.

144. L'acheteur doit les frais d'enlèvement.

145. 3° *De la clause :* livrable au débarquement sur le quai. Si, lorsqu'il s'élève des contestations au débarquement, et que le vendeur fait, de sa propre autorité, emmagasiner

en entrepôt fictif, l'acheteur est néanmoins dans l'obligation de se livrer.

146. 4° *De la clause :* livrable sous vergues. Du cas où il est nécessaire de compter, de peser ou de mesurer ; espèce ; du cas où la chose est un corps certain.

140. — Le crédit est la vie du commerce (V. t. 4, n° 13), et l'âme du crédit, c'est la ponctualité dans l'exécution des promesses. Si le négociant n'achète que pour revendre, il ne revend non plus que pour renouveler ses achats, et revendre encore. De là une alternative incessante d'engagements actifs et passifs, se liant les uns aux autres. Ils sont comme une chaîne dont les anneaux se suivent ; s'il en échappe un seul, à l'instant même il y a désordre. Comment, en effet, ce négociant, qu'il ait acheté ou revendu, pourrait-il être ponctuel à remplir ses obligations, quand ses propres obligés diffèrent de remplir les leurs envers lui, ou veulent s'en acquitter ailleurs que là où la convention doit être exécutée ? C'est donc chose capitale que la chose soit faite au jour et au lieu convenus.

1° De l'époque de la délivrance.

141. — La vente peut être faite avec terme ou sans terme de livraison (V. t. 4, n° 50) : sans terme, lorsque la chose peut être exigée ou offerte sur-le-champ ; avec terme, quand la tradition doit s'effectuer plus tard.

Mais encore bien que le propre de la vente sans terme soit l'actuelle exigibilité de la chose, ou le droit d'exiger qu'on la reçoive actuellement, la vente ne perd ce caractère, ni lorsqu'un certain délai est commandé par la nature de la chose ou des lieux, ni lorsqu'il est accordé par

la convention ou l'usage, pour les préparatifs et l'accomplissement de la délivrance : Telle est la règle posée t. 4, n° 50. Il suffit de l'expliquer par un seul exemple. « Ma « goëlette *l'Amélie* vient d'arriver avec un chargement de « blé tendre d'Odessa ; en voulez-vous 50 hectolitres, à « 32 fr. l'un, *livrables de suite?* » Mon offre acceptée, je me mets immédiatement en devoir de remplir auprès de la douane les formalités préliminaires du permis de débarquer ; mais, malgré toute diligence, trois ou quatre jours s'écoulent avant que la tradition puisse être effectuée. Vous n'êtes pas admissible à la refuser sous le prétexte que la marchandise était livrable sans terme, ni à prétendre qu'il y a de ma part inexécution de la condition. En effet, dans les circonstances de la vente, la livraison était subordonnée à certaines démarches que vous pouviez ignorer ; et, si ces démarches ont entraîné un retard, il n'a pas dépendu de moi de l'éviter ou de 'abréger. Aussi, dans une espèce analogue, le tribunal de Marseille pose-t-il en principe que, dans la vente d'une marchandise existante encore à bord du navire qui l'a apportée, la condition de livrer *de suite* ne peut être entendue, en commerce, que du temps moral nécessaire pour effectuer la livraison (1).

142. — Lorsque la vente est faite avec terme, la convention, et, à défaut, l'usage, détermine ce terme. Tantôt on le stipule à jour préfix, *v. g.*, le 30 du mois prochain. Tantôt on le renferme dans un intervalle de temps plus ou moins long, mais limité, *v. g.* : dans les deux premiers mois de l'année prochaine ; il peut enfin n'être circonscrit que par un événement futur et incertain, *v. g.*, l'arrivée du navire *le Neptune*, et alors il est éventuel.

(1) *Mars.*, t. 13, 1, 221.

Il n'y a point à distinguer entre le terme conventionnel et le terme fixé par l'usage à défaut de convention, puisque l'usage en tient lieu. Nulle disparité non plus quant à l'effet final entre les trois modes de convenir du terme; car, si la chose ne peut être exigée ou offerte qu'après l'événement conditionnel, on ne peut l'exiger ou l'offrir avant le terme préfix arrivé, ou le temps limitatif écoulé. Or, dès que la condition arrive, l'heure de la délivrance a sonné : *cedit et venit dies*, et dans les trois hypothèses indistinctement, si le vendeur manque à délivrer et qu'il soit en demeure régulière, ou *re ipsâ*, il doit à l'acheteur ses dommages-intérêts, lorsqu'il y a lieu à dommages et intérêts (1).

2° Du lieu où la livraison doit être effectuée.

143. — Le lieu de la délivrance n'importe pas moins que le terme, car c'est peut-être en ce lieu que l'acheteur a revendu, et qu'il doit exécuter sa propre obligation.

Ce lieu peut être convenu ou ne l'être pas.

Lorsque le lieu est convenu, c'est là que le vendeur doit livrer, et, par suite, à lui de supporter les frais de délivrance, par exemple, ceux de transport. Dans ce cas, il est très-indifférent que la chose soit ou ne soit pas un corps certain. La distinction n'a lieu que lorsqu'il s'agit des risques, et nous l'avons marquée, t. 4, n° 107.

Aucun lieu de livraison n'a-t-il été stipulé, alors on distingue :

(1) C'est-à-dire, si, au jour de l'échéance, et dans l'espèce de la demeure régulière, le cours est en hausse du prix convenu. Si la demeure est encourue *re ipsâ*, en principe, il y a toujours lieu à dommages et intérêts, quel que soit le cours.

Quand l'objet de la vente est corps certain, la délivrance en doit être faite au lieu où il se trouvait à l'instant de la vente (1247, 1609 C. civ.). Le silence des contractants fait présumer que ce lieu était dans leur commune intention.

Mais un corps incertain n'a pu avoir de lieu lors du contrat. Il faut donc que l'acheteur demande la livraison, et qu'il la demande au domicile du vendeur; car un débiteur, sauf convention contraire, ne doit qu'à son domicile (1247, 1609 C. civ.).

Si la marchandise doit être expédiée, et que l'acheteur n'ait pas constitué un tiers pour la recevoir et la lui envoyer, la nature même de l'opération dit assez que ce soin regarde le vendeur, qui doit s'en acquitter en temps utile et avec les précautions convenables.

144. — C'est à l'acheteur d'enlever ; c'est donc à lui de supporter tous les frais d'enlèvement.

145. — La vente maritime a son style à part. Outre les diverses clauses qui lui sont propres, et dont on a parlé ci-dessus et t. 4, n°s 30 et suiv., on y voit souvent deux autres clauses, et celles-ci sont relatives au lieu. Il est essentiel d'en bien saisir le sens et la portée.

3° De la clause : *livrable au débarquement sur le quai.*

Elle a plus d'un objet : c'est d'abord, dans l'intérêt du vendeur, d'éviter la dépense d'un transport, le déchet qui peut s'ensuivre, et l'encombrement de son magasin; de la part de l'acheteur, d'empêcher toute substitution d'une autre marchandise à celle qu'il doit recevoir, d'obvier à toutes altérations ou sophistications. La clause exprime

donc que la chose sera délivrée telle qu'elle arrivera, sans passer dans le magasin du vendeur, et, par suite, elle implique l'obligation d'appeler l'acheteur au débarquement pour le mettre à même de s'assurer que la marchandise lui est livrée du bord. La refuse-t-il, que le vendeur se garde bien de la faire débarquer avant une mise en demeure, et sans le mandat du juge. Ce serait, de sa part, acquiescer au refus (*Mars.*, t. 15, 1, 229) (1).

Mais *quid* si, rendu sur le quai, l'acheteur ne veut pas se livrer, et que le vendeur fasse emmagasiner en entrepôt fictif? Par exemple, il arrive à ma consignation soixante-dix-neuf couffes girofle que je dois vous livrer *au débarquement*, *sur le quai*. Un débat s'élève au sujet de l'avarie. Entre-temps, sans constitution en demeure, sans autorisation de justice, je mets la marchandise en entrepôt fictif. Avez-vous à m'opposer quelque fin de non-recevoir? Assurément non. L'entrepôt garantit suffisamment l'identité. Le but de la clause est donc rempli, et, si vous perdez le procès sur l'avarie, c'est comme si vous eussiez reçu du bord. Ainsi le juge, avec raison, le tribunal de commerce de Marseille (t. 8, 1, 227).

(1) Dans l'espèce, tout en reconnaissant l'usage du commerce et la nécessité d'une mise en demeure, le tribunal consulaire s'écarte, néanmoins, de la rigueur du droit. Il cède à une considération de fait. Le choléra sévissait à Marseille. Le 4 août, le vendeur prévient l'acheteur que cinquante-sept balles sont à sa disposition, sur le quai. Celui-ci prétexte l'*heure tarde*. Le lendemain, quarante-trois balles sont mises sur le quai, l'acheteur ne se présente pas. Avisé qu'elles sont déposées en magasin tiers, il refuse le dépôt pour son compte, et plus tard la marchandise, parce qu'il n'a pas été appelé au débarquement, et que, sans mise en demeure, la marchandise a été consignée en magasin tiers. Le tribunal, vu la circonstance grave où se trouvait la ville envahie par le choléra, et la difficulté de suivre les voies légales, rejette la fin de non-recevoir. C'est l'application de cette règle de Casaregis : *Necessitas facit licitum, quod aliàs illicitum fuisset* (Disc. 36, n° 26).

Cette espèce est tout autre que celle rapportée *suprà*, n° 113. Il s'agissait là d'une condition défaillie (l'arrivée du navire) dont l'inaccomplissement avait empêché l'obligation de naître. Dans le cas présent, il s'agit d'une clause-condition dont l'inexécution n'empêche pas que l'obligation n'existe, et peut seulement en motiver la résolution. Mais, si les conditions doivent être accomplies à la rigueur (*in formâ specificâ*), il est aussi de principe que les clauses-conditions peuvent s'accomplir par équipollence.

Or, si, lorsqu'il surgit un débat dont nul des contractants n'est juge, la mise en entrepôt fictif remplit équivalemment la clause-condition de livrer à quai, à plus forte raison la mise en entrepôt réel.

4° De la clause : *livrable sous vergues.*

146. — Cette clause, d'un usage très-fréquent, ou plutôt, d'un usage habituel dans le commerce des grains, graines et autres choses fongibles, lorsque la vente en est faite et que la tradition doit s'en faire aux lieux de la provenance, ne signifie pas que la marchandise est livrée dès qu'elle est rendue et reçue à bord ; elle implique de plus la nécessité du pesage, du comptage ou du mesurage. Jusqu'à ce temps, la délivrance est inaccomplie, et la chose aux risques du vendeur. Tel est le sens de la clause. Voici une espèce qui nous paraît propre à en faciliter l'intelligence. Nous l'empruntons au *Recueil de Marseille*, en donnant une exacte analyse du fait rapporté avec plus de détails par les arrêtistes.

Tilly, de Morlaix, vend à Prévost, de Rouen, cinquante-sept tonneaux graines de lin, *livrables sous vergues*. Douze tonneaux sont chargés à Morlaix ; puis, du consentement

de Prévost, le navire est envoyé à Paimpol compléter son chargement. *Ce chargement* (disent MM. Girod et Clariond) n'était pas encore terminé, *lorsque survient un vent violent qui pousse le navire sur la grève, et le bâtiment est submergé ayant à bord* trente tonneaux *de graines de lin dont la plupart sont avariés.* Pour qui la perte? Jugement et arrêt qui condamnent l'acheteur; pourvoi en cassation; rejet (*Mars.*, t. 21, 2, 24).

« Attendu, dit la Cour suprême, que l'arrêt déclare « que le chargement a été complet et la marchandise « mesurée et portée à bord ; que, dès lors, la livraison a « été parfaite.... »

Voilà le principe nettement posé. L'acheteur a succombé; pourquoi? Parce que le chargement *avait été complet, et la marchandise mesurée.* L'acheteur eût donc triomphé dans le cas contraire, c'est-à-dire, s'il eût été constaté, comme la notice le porte, que, lors du sinistre, *le chargement n'était pas encore terminé*, que le navire n'avait à bord que trente *tonneaux* (y compris les douze tonneaux de Morlaix), tandis qu'il devait en être livré trente-sept; car il n'y a pas autant de délivrances que de kilogrammes, de décalitres, d'hectolitres, de tonneaux. Ainsi que la vente, la délivrance est un tout indivisible. C'est la consommation de la vente (V. t. 4, nos 44 et 107) par la certification du corps livré. Tant qu'on n'en a pas fait, dans son entier, le compte, le poids ou la mesure, on ne connaît pas la quantité de la chose vendue : *nondùm apparet quantùm venierit;* et les risques regardent le vendeur, *et periculum ad venditorem pertinet* (V. t. 4, nos 116 et suiv.).

Prévost (l'acheteur) proposait deux autres moyens : le mesurage, disait-il, n'a pas été fait contradictoirement avec moi; en outre, point de connaissement signé.

Sur le premier moyen, la Cour de Rouen répond (1) : *La réception de la marchandise par le capitaine à son bord oblige le destinataire envers ses expéditeurs* (2). C'est une nouvelle confirmation du principe dont on a vu une application *suprà*, n° 114, et que nous avons développé t. 4, n°s 127 et suiv. Quant au défaut de connaissement signé, la même Cour répond en ces termes : *Si le connaissement est la reconnaissance de la marchandise confiée au capitaine, la responsabilité n'en existe pas moins avant la signature dudit connaissement, aux termes de l'art.* 222 *du Code de commerce*, et la Cour de cassation confirme ce principe en termes exprès (arrêt du 2 août 1841).

Mais quand je vends un corps certain, *v. g.*, la mécanique à tisser qui est dans mon magasin de la rue Montpensier, 13, quel est le sens de la clause *livrable sous vergues?*

En principe général, l'acheteur serait chargé des risques *ex naturâ contractûs.* Mais il ne l'est pas dans le cas particulier, parce que la clause signifie que je me charge du transport, et qu'il n'achète la mécanique que *rendue en tel endroit.*

(1) Arrêt du 24 septembre 1838.
(2) Et réciproquement.

§ VII.

DES CAS OU LE VENDEUR 1° MANQUE A LIVRER; 2° N'OFFRE DE LIVRER QUE PARTIELLEMENT OU DE TOUTE AUTRE MANIÈRE IMPARFAITE; 3° et 4° N'OFFRE PAS DE LIVRER AU TEMPS OU AU LIEU CONVENU, ET CONSÉQUENCES QUI S'ENSUIVENT.

SOMMAIRE.

147. S'il s'agit de la demeure *ex personâ*, le vendeur qui n'exécute pas son obligation de livrer doit être mis en demeure.

148. Diverses hypothèses où il est vrai de dire qu'il y a de sa part inexécution du contrat.

149. Dans chacune de ces hypothèses, il est au choix de l'acheteur d'en poursuivre l'exécution ou la résolution avec dommages-intérêts; examen du point de savoir si ce droit alternatif est tellement absolu que le juge soit forcé de prononcer la résolution, par cela seul que l'acheteur y conclut, et sans pouvoir accorder un délai au vendeur; argumentation pour l'affirmative, au double point de vue de la loi et de l'intérêt du commerce.

150. Réfutation de l'argumentation; nécessité de distinguer avant tout si, lors du contrat, la chose vendue était ou n'était pas dans le domaine ou à la disposition du vendeur; réponse, sous le rapport légal, dans la première hypothèse, aux raisons alléguées pour la résolution sans délai; combinaison des art. 1147 et 1610 du Code civil,

également applicables à la vente commerciale et à la vente civile ; leur interprétation par un autre article du même Code ; confirmation de l'interprétation.

151. Réponse sous le rapport de l'intérêt du commerce ; quelle que soit la cause de l'inexécution, cet intérêt exige, et pourquoi il l'exige, que le terme soit fatal en matière de lettres de change ou de billets à ordre ; à certain égards, cette rigueur ne répugne pas à l'équité; *secùs* dans le contrat de vente; raison de la différence; il serait injuste qu'un délai ne pût être accordé au vendeur qui justifie d'un empêchement fortuit; l'intérêt vrai du commerce ne s'accorde jamais avec rien de contraire à l'équité naturelle.

152. Le pouvoir qu'a le juge d'accorder ou de refuser un délai n'est pas arbitraire; c'est un pouvoir discrétionnaire, à charge de conscience; comment et dans quelles circonstances le juge doit en faire usage; jurisprudence de la Cour de cassation et des tribunaux consulaires.

153. Le terme est toujours de rigueur, quand le vendeur a vendu et manque à livrer la chose qu'il n'avait pas, ou qui n'était pas à sa disposition lors du contrat; confirmation du principe par la discussion au Conseil d'État de l'art. 1147 du Code civil.

154. Raison pour laquelle, dans la *vente à livrer*, le vendeur, ne pouvant s'excuser sur le cas fortuit, ne peut, *à fortiori*, proposer aucune autre excuse, ni demander du temps.

155. Mais chaque fois que le juge peut suspendre la résolution du contrat par la concession d'un délai, il peut aussi, de la même manière, en suspendre l'exécution forcée, quand l'acheteur la demande.

156. Du cas de la demeure *ex contractu* et de la demeure *ex re*.

147. — Hors le cas du pacte commissoire, ou de la demeure *ex re*, quand et comment le vendeur qui n'exécute pas son obligation de délivrer, peut et doit-il être mis en demeure, et quels sont les effets de ce retard in-

juste? C'est de quoi il est suffisamment traité t. 4, n°° 237 et 240. Inutile d'y revenir.

148. — Or, au point de vue de l'inexécution, il existe, en droit, une exacte parité entre l'omission ou le refus d'exécuter le contrat et l'offre d'en exécuter les stipulations d'une manière imparfaite, soit relativement à la chose en elle-même, soit relativement au fait de sa délivrance. On vient d'en voir la preuve dans les deux paragraphes précédents. En principe, le vendeur peut donc être mis en demeure, non-seulement s'il n'offre pas *in integrum* et sans nulles différences, l'espèce, la quantité, la provenance et la qualité promises, mais aussi lorsqu'il en fait l'offre dans un autre temps ou un autre lieu que le temps et le lieu marqués par la loi, la convention ou l'usage.

149. — Enfin, l'on a vu (t. 4, n° 270) que le droit de l'acheteur, dans l'une de ces hypothèses (il n'importe laquelle), est de poursuivre l'exécution de la vente aux frais et risques du vendeur, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. Mais ce droit alternatif est-il tellement absolu que, s'il opte pour la résolution, le contrat doive être résolu, sans que le juge ait jamais le pouvoir d'accorder un délai au vendeur? Cette grave question, sommairement décidée dans le sens de la négative (t. 4, n° 267), appartient encore à la controverse, et c'est ici le lieu de confirmer notre solution par un examen attentif des raisons pour et contre.

Pour l'opinion contraire à la nôtre, on se fonde d'abord sur le Code civil, puis on invoque l'intérêt du commerce, et voici l'argumentation :

L'art. 1147 de ce Code exempte bien le débiteur de tous dommages et intérêts, s'il justifie que l'inexécution

provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée; mais l'art. 1610 du même Code porte textuellement : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps « convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son « choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en « possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur. » La précision de ces termes, continue-t-on, ne permet pas de douter que l'art. 1610 ne soit une exception au principe général de l'art. 1147, lorsqu'on voit surtout que l'art. 1107 dispose : « Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux. » Le pouvoir du juge se borne donc à vérifier si le retardement est imputable au fait commun de l'acheteur et du vendeur, auquel cas il n'y a demeure d'aucun côté; ou si le vendeur seul est en cause, et alors on ne peut accorder un délai, sans violer ouvertement l'art. 1610; car l'option que cet article donne à l'acheteur *de demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession,* deviendrait illusoire, ou plutôt ce serait la donner au vendeur, si l'acheteur était tenu de recevoir la chose, après le terme expiré et la constitution en demeure.

Ce qui est vrai dans le droit civil l'est, à plus forte raison, dans le droit commercial. M. Toullier s'en explique nettement (t. 6, n° 661) : « Les juges, dit ce jurisconsulte, ne peuvent accorder aucun délai en matière commerciale. Les obligations du commerce ont leurs règles « particulières, et le Code de commerce, qui contient ces « règles, n'a point donné aux juges un pouvoir plus dangereux encore en cette matière qu'en matière civile (1). »

(1) Au soutien de son opinion, M. Toullier cite plusieurs décisions judiciaires et plusieurs autorités.
V. aussi M. Dalloz, v° *Obligations*, n° 24.

En effet, lorsque le vendeur n'exécute pas son obligation, l'intérêt du commerce exige que le sort du contrat soit remis à la discrétion de l'acheteur, et non soumis à la volonté du juge. *Plus la loi laisse de latitude aux tribunaux pour modifier les conventions, moins il existe de crédit*, disait fort bien M. Regnauld de Saint-Jean d'Angély, dans le Conseil d'État (séance du 18 brumaire an XII). Or, la ponctualité dans l'exécution des engagements est un élément vital du commerce. Hors de là, point de sécurité, et, point de sécurité, plus de crédit (V. *suprà*, n° 140.)

Ce n'est pas tout : le cours des marchandises étant sujet à des fluctuations journalières, il est de justice et d'équité que la position des contractants soit irrévocablement fixée au terme échu. C'est ce jour qui décide de la perte ou du gain. Si le juge accorde un délai, et que, à l'expiration de ce délai, le cours soit venu en hausse, *v. g.*, de 25 p. 100, le vendeur réalise, à la perte d'autrui, un profit qu'il n'aura dû peut-être qu'à sa négligence, si ce n'est pas le produit d'un calcul astucieux beaucoup plus blâmable.

150. — Ne refusons pas d'en convenir ; la question a ses difficultés, et l'argumentation est d'autant plus spécieuse qu'on y met le Code civil aux prises avec le Code civil, et l'intérêt du commerce en désaccord avec l'équité. Commençons par l'examiner à son point de vue légal.

Avant tout, distinguons bien si le vendeur a vendu une chose qu'il avait, ou qui était à sa disposition lors du contrat, ou s'il se trouve dans le cas inverse, celui d'une *vente à livrer*, que le Code civil ne regarde pas comme une vente (V. t. 4, n°s 11 et 12.)

Raisonnant donc dans la première hypothèse, si, quand le vendeur est réduit à l'impuissance de livrer *ad diem* par une cause étrangère qu'on ne peut lui imputer, le juge

était toujours tenu de résoudre l'obligation par cela seul que l'acheteur l'exige, et que tel fût le sens de l'art. 1610, nous n'hésiterions pas à en dire ce que nous en avons dit ailleurs (t. 4, n[os] 241 et suiv.) de l'art. 1657 relatif au retirement : il ne serait pas admissible dans le droit commercial. Ce négociant n'a rien donné au hasard et n'a commis nulle faute. Pourquoi donc le rendre victime d'une pure fatalité, dont la convention ne le fait pas responsable? *Nemo præstat casum.*

Mais l'art. 1610 ne s'applique pas moins à la vente commerciale qu'à la vente civile, parce qu'il ne déroge ni ne fait exception à l'art. 1147. Aucun de ces deux textes n'introduit un droit nouveau. Bien avant le Code civil, il était reçu en France que le débiteur était tenu de remplir son obligation le jour fixé, et que néanmoins il ne devait pas de dommages-intérêts, qu'il pouvait même lui être accordé un délai, s'il justifiait que l'inexécution provenait d'une cause étrangère qui ne lui était pas imputable. L'art. 1147 est un principe d'équité qui étend son influence sur toutes les dispositions relatives aux obligations conventionnelles indistinctement, sauf les exceptions que la loi a formulées, en termes exprès, ou, comme le dit un grand jurisconsulte, sauf le cas où les deux dispositions ne peuvent subsister ensemble, *cùm simul stare non possunt* (1). Pour interpréter la loi, il ne suffit pas de prendre un texte isolé et de le rapprocher d'un autre texte isolé; rien n'est plus facile que d'y trouver ainsi des antinomies factices, des disparates illusoires. Si la loi paraît obscure ou ambiguë, il faut la prendre dans tout son contexte : *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere* (L. 24, D., *De legib.*); et Faber nous en donne encore la raison : c'est, dit-il, parce

(1) Faber, ad leg. 28, D., *De legib.*

qu'il peut arriver qu'une autre partie de la loi contienne quelque chose d'éminemment propre à expliquer celle dont on cherche le sens, et que ce soit de là qu'il faille partir pour savoir ce que le législateur a voulu : *Nam fieri potest ut in quâ aliâ parte legis aliquid sit quod ad aliam explicandam maximè pertineat, et ex quo voluntatem legislatoris conjici oporteat*. Or, d'après l'art. 1188, lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire sous-entendue (et c'est notre espèce), « la résolution doit être demandée « en justice, et *il peut être accordé au défendeur un délai* « *selon les circonstances*. » Partez de ce texte, et vous avez la clef des art. 1610 et 1147; il suffit de lire.

Ajoutons-y pourtant une explication donnée par le législateur lui-même. Voici comme s'exprimait M. Bigot de Préameneu, en exposant les motifs de l'art. 1139 : « Il faut toujours constater l'inexécution, et vérifier les « causes, les distinguer d'un simple retard, et dans l'exa- « men de ces causes, il peut en être de si favorables que le « juge se trouve forcé, par l'équité, à accorder un délai. »

La haute intelligence de M. Toullier, presque toujours appliquée à l'enseignement du droit civil, saisit mal, en cet endroit, l'esprit et l'intention de la loi commerciale ; car, loin de défendre aux tribunaux de jamais accorder un délai, le Code de commerce les y autorise par cela même qu'il le leur interdit, en termes exprès, à l'égard de la lettre de change et du billet à ordre (art. 186). Quel besoin, en effet, de cette disposition prohibitive, si la prohibition eût été le principe, et surtout un principe absolu, comme le veut M. Toullier?

Voilà pour le droit.

151. — Quant à l'intérêt du commerce, il n'impose de sacrifices à l'équité que dans le double cas de l'art. 186. Ce

que l'équité voudrait, si le cas fortuit pouvait être personnifié, c'est que le cas fortuit répondît de tout le dommage; lui seul est coupable. A défaut, le désir de l'équité serait que l'accepteur pût obtenir un délai lorsqu'il justifie d'un obstacle au-dessus de toute prévoyance et de toute résistance, *cui prœcaveri et resisti non potest* (V. t. 2, n° 178). Mais il faut que la loi soit inexorable, et que l'équité fléchisse, parce que, dans la lettre de change ou le billet à ordre, souvent plusieurs endosseurs engagent leur signature, et alors l'intérêt d'une prompte libération nécessaire au crédit exige que le terme soit de rigueur. En outre, la cause de l'inexécution n'étant pas moins étrangère au porteur et aux endosseurs qu'à l'accepteur lui-même, il n'est point de motifs pour qu'ils en répondent en son lieu et place. La loi ne fait donc ici que choisir entre deux maux, c'est-à-dire que donner la préférence à une plus grande équité sur une équité moindre, et c'est encore satisfaire à l'équité, autant que la chose est possible : *Æquitas major semper minori prœfertur et prœvalet* (Casareg., Disc. 120, n° 46).

Dans le contrat de vente, bien que l'obligation n'existe que de l'acheteur au vendeur et réciproquement, l'inexécution a sans doute aussi ses inconvénients; mais ils sont moins nombreux, et le pire de tous, vu l'extrême injustice, serait de rendre le vendeur irrémissiblement passible des conséquences d'un fait qu'il n'a pu ni prévoir, ni empêcher; car, ce qui est contraire à l'équité n'est jamais conforme à l'intérêt vrai du commerce : *quidquid iniquum est, nocivum.*

152.— Il ne faut pas non plus s'exagérer le mal. Rarement la mauvaise foi du vendeur ou sa négligence pourra-t-elle échapper à la clairvoyance de juges pratiquant tous

la marchandise. D'ailleurs, le pouvoir dont la loi les investit n'a rien d'arbitraire. C'est un pouvoir discrétionnaire à charge de conscience, et il leur est recommandé d'en user avec prudence et modération, *quantùm bonum æquum illis videbitur* (L. 42, D., *De ædilit. edict.*) Pousser le droit à la rigueur, c'est souvent le rendre injuste : *Nam plerumquè si ad summam severitatem jus exigas, iniquum fiet* (Vicat, v° *Æquum*). Par exemple, il y a retard dans la délivrance, retard que le vendeur n'a pu éviter, retard de quelques jours seulement, non nuisible à l'acheteur ; c'est le cas de dire avec Paul : *Propter minimam causam res inepta fieri non debet* (L. 54, D., *De contr. empt.*).

Enfin, telle est la jurisprudence de la Cour de cassation et des tribunaux de commerce : Jacques vend à Salomon 5,600 doubles décalitres d'avoines, et s'oblige à les livrer le 1er mai, sur le bord de la Seine, en tel endroit. Les avoines n'arrivent que le 12, une crue subite des eaux avait interrompu la navigation. Un arrêt, dit la Cour suprême, ne contrevient pas à l'art. 1610, en jugeant qu'il n'y a pas lieu à résolution, et que, suivant les circonstances, un délai peut être accordé au vendeur (1). A la vérité, l'acheteur n'ignorait pas que le transport devait s'effectuer par eau ; et dès lors il s'était soumis aux conséquences possibles d'une telle expédition. Mais eût-il ignoré cette circonstance, la décision aurait été la même, car ne pas stipuler un mode de transport, c'est en remettre le choix au vendeur, et s'en rapporter à sa prudence. Pour qu'il fût responsable du retard, il faudrait donc prouver qu'il a commis quelque faute ou quelque témé-

(1) C'est l'espèce de l'arrêt du 8 octobre 1807 simplement indiqué t. 4, n° 250, *in notis*, avec un autre arrêt de la même Cour du 22 mai 1834.

rité du genre de celles dont il est parlé t. 2, n° 184.

Le tribunal consulaire de Marseille a plusieurs fois appliqué le principe proclamé par la Cour suprême, et notamment dans une espèce où des maïs roux du Languedoc devaient être livrés du 27 au 31 mars. Retardé par un gros temps, le navire qui apportait les maïs n'arriva pas dans le délai convenu. Néanmoins, et quoiqu'il ne fût pas dit que la marchandise dût arriver par tel navire, il fut tenu compte du retardement fortuit (1).

153. — Dans cette espèce, il ne s'agissait pas d'une *vente à livrer*, proprement dite; à l'époque du contrat, le vendeur possédait la chose. Au cas contraire, on ne l'aurait pas reçu à se prévaloir d'un cas fortuit qui l'eût empêché de se procurer à temps la marchandise, et d'en exécuter le transport, *intrà tempus constitutum.* Vendre ce qu'on n'a pas, c'est se charger non-seulement des risques de la chose, mais aussi de tous événements quelconques qui pourraient en empêcher ou en retarder la délivrance. Cela fut bien entendu lors de la discussion de l'art. 1147.

M. Regnauld de Saint-Jean d'Angély demanda « si un « marchand de vins s'étant soumis à livrer le vin dans un « délai convenu, son retard sera excusé, parce que la « baisse ou la crue des eaux aura empêché le vin d'ar- « river. »

M. Treilhard répondit : « En général les dommages « et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en

(1) Jugement du 11 avril 1827 (V. *Rec. de Mars.*, t. 8, 1, 213). La défense de l'acheteur était présentée avec beaucoup de talent par Me Dumas, et c'est dans son plaidoyer que nous avons puisé, en majeure partie, les objections qu'on a coutume d'opposer au vendeur (V. aussi, même *Recueil*, t. 3, 1, 53; t. 4, 101).

« faute. Ainsi il en est tenu s'il a vendu du vin qu'il n'a-« vait pas. Il n'en sera pas tenu si, ayant à sa disposition « la chose vendue, des obstacles qu'il ne dépendait pas de « lui de faire cesser l'ont empêché de la livrer dans le « délai convenu ; » et l'article fut adopté dans le sens de cette explication.

154. — Poser en principe que le cas fortuit lui-même n'excuse pas le retard de celui qui a vendu à livrer, c'est assez dire qu'il ne peut proposer, ni le juge examiner aucune autre excuse. Ce serait courir le risque de favoriser la négligence, peut-être même quelque dessein frauduleux. Si la bonne foi exige qu'après la mise en demeure, l'acheteur soit tenu d'opter dans un prompt délai entre l'exécution et la résolution (V. t. 4, n°s 282, 283), elle veut aussi que le vendeur ne soit pas libre d'ajourner la résolution ou l'exécution au gré de son caprice ou de son intérêt.

155. — Mais, chaque fois que le juge peut suspendre la résolution du contrat par la concession d'un délai, il peut aussi en suspendre l'exécution quand l'acheteur lui demande l'autorisation de la faire aux risques et frais du vendeur. Dans l'un et l'autre cas, *idem juris est.*

156. — Enfin, dans la demeure *ex contractu* et la demeure *ex re*, l'acheteur n'a besoin de formaliser ni sommation, ni demande en résolution de la vente. La seule expiration du terme la résout de plein droit à son profit (V. t. 4, n°s 256, 266, 267).

---

§ VIII.

DE L'ÉVICTION ET DE LA RÉDHIBITION DE LA CHOSE VENDUE.

SOMMAIRE.

157. La délivrance implique de la part du vendeur l'assurance d'une possession paisible et durable; l'incertitude de la conserver équivaut à une éviction, en ce sens qu'une action est ouverte à l'acquéreur; le vendeur est tenu de le défendre contre l'attaque de tout tiers, et c'est ce qu'on appelle *la garantie d'éviction*.

158. Cette garantie n'étant pas de l'essence, mais seulement de la nature de la vente, la convention peut la modifier et même l'exclure; elle ne naît pas du contrat, ni en même temps que le contrat, mais de la délivrance, et en même temps que la délivrance.

159. Ce qu'on appelle *la rédhibition;* le vendeur est aussi bien garant du vice rédhibitoire que de l'éviction; mais c'est tout ce que l'éviction et la rédhibition ont de commun.

160. Ce que signifie le mot *éviction* dans son sens absolu; signification des mots *evincere* et *redhibere* dans la langue du droit romain.

1° *De l'éviction.*

161. Comment se pratiquait à Rome le recours en garantie; l'acheteur mettait son garant en cause, mais il ne con-

cluait pas contre lui, parce qu'il ne pouvait obtenir de condamnation qu'après sa dépossession matérielle ; parmi nous, au contraire, l'acheteur conclut contre son garant dès que celui-ci est en cause ; à quoi il conclut.

162. Seconde différence entre le droit romain et le nôtre ; raison de cette différence ; il en résulte que l'éviction commerciale est un accident rare ; le cas ne peut se présenter en matière de vente que par rapport à la chose volée ou perdue, et par rapport aux navires.

163. Du cas de la chose volée ou perdue ; dans quelles circonstances le vrai propriétaire est tenu, ou n'est pas tenu de rembourser à l'acheteur le prix que la chose a coûté à celui-ci ; en quoi consiste le recours de l'acheteur contre le vendeur dans l'une et l'autre hypothèse ; ce qu'il faut décider entre l'acheteur et le voleur quand la chose n'est évincée qu'en partie.

164. Applicabilité des mêmes règles au cas d'un navire volé et évincé.

165. Autres causes de l'éviction d'un navire ; quoique les navires soient meubles, comme ils peuvent, aussi bien que les immeubles, être suivis dans leurs diverses mutations de propriétaire, il peuvent également être revendiqués et évincés par le vrai propriétaire ; en fait de navires, *la possession* ne *vaut titre.*

166. Un navire peut aussi être saisi, et dans quels cas il peut l'être, à la requête des créanciers du vendeur, et, si la saisie est valable, son effet est nécessairement une cause d'éviction.

167. Preuve de cette proposition par l'inévitable alternative où se trouve l'acquéreur de délaisser le navire aux créanciers, ou de leur compter une somme égale au prix que ce navire lui a coûté ; l'option lui appartient ; les créanciers ne peuvent pas surenchérir, comme en vente immobilière ; s'il abandonne le navire, il le fait de sa pure volonté, *in facultate solutionis.*

168. Quelle qu'ait été l'option de l'acheteur, son recours en garantie est de droit, à moins que les causes de la saisie ne lui aient été déclarées lors du contrat, ou qu'il en eût autrement une connaissance personnelle.

169. Effets du recours contre le vendeur du navire ; obligations de celui-ci ; un cas où le vendeur doit payer, sans préjudice des autres dommages et intérêts, les dépenses faites à l'occasion du navire, et qu'un cas fortuit a rendues inutiles.

170. L'acheteur ne peut être évincé, si la cause de la revendication n'est pas antérieure à son achat, ou contemporaine.

171. Mais il n'est pas nécessaire que le droit sur lequel le revendiquant se fonde fût à l'état de perfection lors du contrat ; il suffit qu'il existât en germe ; exemple d'un droit imparfait devenu une juste cause d'éviction par l'effet de l'accomplissement de la condition ; *idem* de toutes les obligations conditionnelles.

172. Cas dans lequel, l'éviction ayant pour cause un droit éventuel, le vendeur ne doit pas de dommages-intérêts, et doit rendre le prix.

173. Cas dans lesquels il ne doit ni le prix, ni des dommages et intérêts.

174. L'acheteur n'est pas strictement tenu de mettre son garant en cause sur la demande en revendication ; il peut y acquiescer, même avant tout jugement, et agir ensuite ; mais il s'expose à un danger et à un inconvénient ; quels sont ce danger et cet inconvénient.

175. L'éviction civile offre certaines hypothèses qui ne peuvent se présenter ou ne sont que de pures abstractions dans l'éviction commerciale ; celle-ci, d'ailleurs, est un accident rare ; mais la rédhibition est un cas des plus fréquents dans la pratique du droit consulaire.

2° *De la rédhibition.*

176. La définition donnée par Ulpien de la rédhibition, et rapportée n° 160, n'a subi depuis lui ni changements ni modifications ; c'est toujours que le vendeur *ait de nouveau la chose.*

177. Mais, parmi nous, comme à Rome, l'action rédhibitoire se divise en deux actions ; dans l'une le demandeur conclut à ce que le vendeur soit tenu de reprendre la chose, et

c'est l'action rédhibitoire proprement dite; dans l'autre, l'acheteur domande seulement que le prix soit refait, et c'est l'action *quanti minoris*.

178. Cette différence n'est qu'apparente; les deux actions n'en sont pas moins, l'une et l'autre, *l'action rédhibitoire*, parce que leur fondement est le même et leur origine la même

179. Sens du brocard *in emptione venditione licet se invicem circumvenire;* d'où est née l'action rédhitoire.

180. On doit examiner quand elle est donnée, quel en est l'effet, quand elle cesse.

De l'action rédhibitoire proprement dite.

181. Deux causes principales do la rédhibition : 1° le vice de la chose; 2° l'affirmation téméraire du vendeur; exemples et espèces.

182. Le vice de la marchandise n'est rédhibitoire que lorsqu'il est occulte; pourquoi; il n'importe que le vendeur l'ait connu ou ignoré, quand il s'agit de l'action; *secùs*, s'il s'agit de l'effet do l'action.

183. Ensuite, il faut que lo vice ait existé lors de la vente ou de la tradition; pourquoi et quand il doit exister à l'une ou à l'autre époque.

184. Les vices qui donnent lieu à rédhibition varient suivant la nature des marchandises; les uns sont réglementés, les autres déterminés par l'usage.

185. L'effet de l'action rédhibitoire est d'annuler la vente, et de remettre les parties au même état qu'auparavant; quand il y a lieu à dommages-intérêts contre le vendeur.

186. *Quid* si la chose vient à périr avant la restitution? trois hypothèses se présentent, examen de chacune de ces hypothèses; art. 1647 du Code civil.

187. Du cas où plusieurs marchandises sont vendues en même temps et par un seul contrat; solution de la question par diverses distinctions qui doivent être combinées entre elles.

157. — La délivrance, avons-nous dit *suprà*, n° 157, est un fait complexe. Elle ne comprend pas seulement la remise ou tradition de la chose, mais aussi l'assurance que la possession sera paisible et durable. Transmettre à son acheteur une possession passagère ou inquiétée, c'est ne rien lui transmettre. Faber nous l'enseigne en ces termes : *Non videtur traditum quod non durat traditum, sicuti nec videtur in rem versum quod non durat versum, nec solutum quod non durat solutum* (*Ration.*, ad leg. 3, D.,

De act. empt. et vend.). Voilà pourquoi, continue ce grand jurisconsulte, quoique le propre du payement soit d'éteindre toute obligation, la libération ne peut cependant pas s'ensuivre, tant que la chose payée (*livrée*) peut être évincée, bien qu'elle ne le soit pas encore : *Undè fit ut quamvis solutione tollatur omnis obligatio, non potest tamen solutio parere liberationem, quandiù res soluta avocari potest,* licèt nondùm avocata sit.

Ainsi, la seule incertitude de conserver la possession équivaut à la non-délivrance, et celle-ci à une éviction, en ce sens du moins que l'action de l'acheteur est ouverte.

Lors donc que l'acheteur vient à être troublé dans la sécurité qui lui est due, le vendeur est tenu de le défendre contre l'attaque de tout tiers auteur de ce trouble. C'est ce qu'on appelle *la garantie d'éviction.*

Cette obligation n'implique pas que le vendeur ait promis le fait d'autrui, ce qui serait nul. Le sens est qu'il fera valoir ses propres droits contre quiconque voudrait troubler la possession, et que, s'il succombe, il rendra son successeur indemne.

158. — La garantie d'éviction est de la nature et non de l'essence de la vente. C'est pourquoi la convention peut l'étendre au delà de la garantie de droit, ou la restreindre, ou même l'exclure, sans toutefois que le vendeur puisse valablement stipuler qu'il ne sera pas garant de son propre fait.

Mais, quoique l'obligation de garantie soit de la nature de la vente, loin de naître du contrat ou en même temps que le contrat comme l'obligation de délivrer, elle ne commence d'exister que quand l'obligation de délivrer cesse. Elle naît donc au moment de la délivrance, et du

fait même de la délivrance. C'est ainsi que l'obligation d'indemniser ne prendra naissance que si le vendeur succombe, et quand il aura succombé.

Ces notions sont d'une haute importance; car, si l'on ne distingue pas bien le moment précis où naît chacune des trois obligations, de délivrer, de garantir et d'indemniser, on est conduit à dire, avec M. Duvergier (t. 16, n° 311), que l'éviction peut avoir lieu avant la délivrance, erreur contraire à la règle du droit, et condamnée par le Code civil; car, en mettant au nombre des droits de l'acquéreur évincé, lorsqu'il est obligé de rendre les fruits au propriétaire qui l'évince, celui de les répéter contre le vendeur, l'art. 1630 dit assez que l'éviction ne peut avoir lieu qu'après la délivrance. D'ailleurs, ainsi le veut la nature même de l'action en éviction. Cette action n'est autre chose, en effet, que la revendication, et la revendication ne s'exerce que contre celui qui détient, ou qui possède soit par autrui, soit par lui-même.

En un mot, tant que la délivrance est à faire, ou qu'il n'y a pas tradition virtuelle, la seule obligation du vendeur est l'obligation de délivrer. L'acheteur ne peut être évincé de la chose qu'il n'a pas, ni, par conséquent, exercer l'action en garantie d'éviction.

159. — Mais outre l'éviction que l'acheteur peut souffrir après la délivrance, la chose vendue et livrée peut avoir quelque défaut, quelque vice, dont la connaissance en aurait empêché l'achat, ou bien n'être pas telle qu'elle a été promise, et alors la bonne foi exige que le vendeur la reprenne, *resolutâ emptione;* c'est ce que l'on appelle *la rédhibition.*

Il ne faut pas la confondre avec l'éviction. Elles ont cependant cela de commun que, par la nature du contrat,

le vendeur n'est pas moins garant du vice rédhibitoire que de l'éviction. Mais, sous tous autres rapports, ce sont deux cas très-différents.

160. — Le mot *éviction* s'entend de deux manières : dans le sens actif, il veut dire le recouvrement que nous faisons, par l'autorité du juge, d'une chose qui nous appartient, et qu'un autre possède. Dans le sens passif, il signifie la privation de cette chose imposée au possesseur par la même autorité. *Evincere*, c'est *rem emptori vincendo auferre;* l'*evictus* est celui *cui res ablata est*. C'est, d'une part, la reprise légitime, de l'autre, la juste restitution de ce qu'un tiers a indûment vendu et livré. *Redhibere*, dans la langue du droit romain, c'est faire que le vendeur ait de nouveau la chose qu'il a eue : *Facere ut rursùs habeat venditor quod habuerit* (L. 21, D., *De ædilit. edict.*) (1).

1° De l'éviction.

161. — On ne connaissait à Rome aucune autre éviction que l'éviction juridique, c'est-à-dire la dépossession de l'acheteur par suite du bon droit d'un tiers proclamé en justice : *Evincere est rem emptori venditam jure* (2) *judicioque auferre;* et, comme avant le combat il ne peut y avoir ni vainqueur ni vaincu, il était conséquent que le recours en garantie ne précédât jamais la déposses-

(1) Cette loi, qui est d'Ulpien, ajoute : *Et quià reddendo id fiebat, idcircò redhibitio est appellata quasi redditio.*

(2) *Jure*, disent les jurisconsultes romains, parce que, à Rome, l'injustice du juge qui jugeait contre le droit et la raison, était regardée comme un cas fortuit postérieur au contrat, dont le vendeur ne répondait pas.

sion judiciaire : la chose qui ne nous est pas enlevée n'est pas encore évincée : *Res non est evicta, quæ ablata non est*. C'était le principe.

Néanmoins, lorsque l'acheteur était troublé par une demande en revendication, il appelait son vendeur en cause pour le mettre à lieu de *se* défendre ; mais il ne prenait pas de conclusions contre lui, et voici la raison : c'est qu'à Rome, au lieu de stipuler une garantie qui n'avait pas besoin d'être stipulée puisqu'elle était de droit, l'acheteur stipulait que, s'il était évincé, le vendeur serait tenu de payer le double du prix, à titre de peine. L'éviction devenait donc la condition suspensive de cette obligation pénale, nulle action possible pour en demander l'exécution, avant que la condition ne s'accomplît *in formâ specificâ* ; c'est-à-dire, par la dépossession matérielle de l'acheteur, laquelle pouvait seule consommer l'éviction.

On voit que l'acheteur n'avait pas grand intérêt au succès de son vendeur. Aussi ne l'appelait-il que par devoir, et beaucoup moins pour le défendre que pour se défendre lui-même.

Parmi nous, la clause pénale usitée chez les Romains n'aurait rien d'illicite, et, si l'acheteur la stipulait, il ne pourrait, pas plus qu'il ne le pouvait à Rome, exiger la peine avant le fait de sa dépossession ; mais tels ne sont pas nos usages. C'est pourquoi, dès que le garant est mis en cause, l'acheteur conclut contre lui à toutes les indemnités réglées par la loi, ou qui sont de droit, pour le cas où l'éviction serait ordonnée par le juge, et, en général, il est prononcé sur le tout par un seul et même jugement.

162. — Une seconde différence entre le droit romain et le nôtre, c'est qu'à Rome l'action qui s'intentait *evic-*

tionis nomine, comprenait aussi bien les meubles que les immeubles : *Non solum immobiles res*, dit Faber, *sed et mobiles ut servus et vitulus.* C'est ce que prouvent les lois 45 au Dig., *De act. empt. et vend.*, et 43, *De evict.*

En France, au contraire, il est reçu depuis des siècles, à la vérité, *contrà rationem juris*, mais enfin il est reçu et il est aujourd'hui de loi que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2119 C. civ.). D'un autre côté, selon le droit commercial, la vente de la chose d'autrui est licite, et, en général, la délivrance une fois faite, plus de revendication possible. Par ce double obstacle, le cas de l'éviction ne s'offre que rarement en fait de marchandises ou autres biens meubles corporels vendus ; il ne peut se présenter que si la chose est volée ou perdue, et relativement aux navires.

163. — Quant à la revendication ou éviction active de la chose volée ou perdue qui a été vendue et livrée, il en est amplement traité, t. 4, n° 66; bornons-nous donc à de courtes explications spécialement relatives aux droits de l'acheteur évincé.

Si, dans l'un des cas prévus par les art. 2279 et 2280 du Code civil (lois d'ordre public), l'acheteur a rendu la chose au vrai propriétaire qui lui en a remboursé le prix, et que la valeur actuelle de cette chose soit supérieure au prix reçu, il souffre éviction de toute la différence, et peut en demander payement par l'action en garantie, non-seulement contre le voleur, mais aussi et solidairement contre ses complices, s'il a eu des complices.

Si la position de l'acheteur était celle où la chose doit être rendue sans remboursement du prix, il a action pour répéter ce prix, outre ses dommages-intérêts, s'il y a plus-

value, et tous autres dommages-intérêts, ainsi que les fruits qu'il aurait été obligé de rendre.

Dans le cas où l'éviction n'aurait été que d'une partie de la chose, ce qui reste valût-il beaucoup plus que le prix conventionnel, le voleur n'en est pas moins tenu de rendre la portion du prix afférente à la partie évincée, plus les fruits, s'il y a lieu, et les dommages-intérêts, proportionnellement à la même partie.

164. — L'application de ces règles doit aussi être faite au cas d'un navire volé (ce qui n'est pas sans exemple), et dont l'acheteur est évincé.

165. — Il est encore d'autres causes de l'éviction d'un navire (et nous parlons ici d'un navire francisé). En effet, les navires et autres bâtiments de mer pouvant être suivis dans leurs diverses mutations de propriétaire (V. *suprà*, nos 88, 89, 100, 101, 102), ils sont, à certains égards, au commerce proprement dit, ce que les immeubles sont au commerce de la vie civile. C'est pourquoi celui dont le navire a été indûment vendu et livré, a le droit de le revendiquer, sans que la possession de l'acheteur soit une fin de non-recevoir contre l'éviction, comme elle le serait, si la demande avait pour objet toute autre chose mobilière. En fait de navires, *la possession ne vaut titre.*

166. — En outre, quoique les navires soient meubles, ils sont affectés aux dettes du vendeur (art. 190 C. comm.). Si donc le navire acheté n'a pas encore fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur (art. 193), ces mêmes créanciers sont en droit de

le saisir. Or, l'effet de la saisie sera nécessairement une cause d'éviction.

167. — Car il faut de deux choses l'une : ou que l'acheteur délaisse le navire aux créanciers du vendeur, ou qu'il leur remette une somme égale au prix de la vente. Il n'a pas d'autre option.

Mais, si l'acheteur est dans l'alternative de délaisser le navire ou de compter le prix, c'est aussi une option dont il ne peut être privé. Comme il n'est pas personnellement débiteur des causes de la saisie, l'action des créanciers n'est pas, par rapport à lui, une action *in personam*. Ce n'est pas non plus une action immobilière, puisque les navires sont meubles, et que, par suite, il n'y a pas lieu à surenchère de la part des créanciers, qui peuvent seulement attaquer la vente s'ils la croient faite en fraude de leurs droits. C'est une action *in rem scripta*. Libre à l'acheteur, par conséquent, de remettre le prix, ou d'abandonner le navire *in facultate solutionis*.

168. — Quel que soit le parti qu'il prenne, son recours en garantie est de droit, à moins que, lors du contrat, le vendeur n'ait déclaré les charges dont le navire était grevé, ce qui impliquerait une stipulation de non-garantie, ou que l'acheteur en eût autrement acquis la connaissance lors du contrat.

169. — Le navire une fois abandonné, l'effet de la garantie est d'astreindre le vendeur à toutes les prestations mentionnées dans les nos 163 et 164. Il y a eu dol, de sa part, à ne pas déclarer les causes de l'éviction, et, par suite, il est tenu de tous dommages et intérêts. Par exemple, si j'ai fait des dépenses pour la mise dehors du

brick que vous m'avez vendu, et qu'il survienne éviction, encore bien que la tempête ou tout autre cas fortuit ait empêché le brick de partir, vous ne m'en devez pas moins tout ce que l'armement m'a coûté, sans préjudice de mes autres dommages et intérêts. La raison est que je n'eusse pas fait les dépenses, si vous ne m'eussiez pas vendu, et que vous auriez dû ne pas vendre, ou déclarer les charges en vendant : *Qui dat causam casui, eum præstare debet* (Casareg., Disc. 23, n° 43 et 51).

Il en sera de même si je remets le prix, car ce n'est qu'alors que je deviens propriétaire incommutable, c'est-à-dire, véritablement propriétaire ; mes vendeurs, ce sont plutôt vos créanciers que vous.

170. — Pour qu'il y ait lieu à l'éviction active ou revendication, il faut que la cause de l'éviction soit antérieure à la vente, ou contemporaine. La raison en est simple : c'est qu'au cas contraire, le tiers qui revendique n'avait, lors de l'achat, nul droit dans la chose ni à la chose, et qu'il n'a pu en acquérir depuis au préjudice d'un acheteur qui possédait et qui possède encore : *v. g.*, quand j'ai vendu à Pierre six voitures de transport, sous l'obligation, que j'ai remplie, de les confectionner avec des bois appartenant à Jacques, Jacques ne peut évincer Pierre des voitures que je lui ai livrées. Ces voitures n'existaient pas lors du contrat. Elles ne doivent leur être et leur forme de voiture qu'à la spécification par laquelle je me suis créé la propriété. Elles n'ont donc jamais été dans le patrimoine de Jacques à qui les bois appartenaient (V. t. 3, n° 209, 211).

171. — Mais, s'il faut que le droit, cause de l'éviction, existât lors du contrat, il n'est pas nécessaire qu'il eût

atteint sa perfection ; il suffit qu'il existât dans son principe. Exemple : le brick que vous avez vendu à David sous une condition suspensive, vous me le vendez inconditionnellement. Notre vente est licite (V. t. 4, n° 294). Néanmoins, que la condition s'accomplisse, et je serai évincé par David, parce que l'accomplissement de la condition reporte son droit au temps de son contrat. Il en est ainsi de toutes les obligations conditionnelles. Or, un créancier conditionnel est un créancier : *Conditionales creditores dicuntur, et hi quibus nondùm competit actio, est autem competitura ; vel qui spem habent ut competat.* L. 54, D. *De verb. signif.* (1) (art. 2132 C. civ.).

172. — Si vous m'avez déclaré ou que je connusse autrement l'achat conditionnel de David, vous ne me devez pas de dommages et intérêts. Mais vous devez le prix, parce que ce prix est dans vos mains *sine causâ* (V. t. 4, n° 294).

173. — Il va sans dire que le vendeur, s'il n'y a convention contraire, ne peut ni être garant du cas fortuit postérieur à la vente d'un corps certain, ni, depuis la délivrance d'un corps incertain lors du contrat, être tenu de garantir le fait de l'autorité publique, et moins encore le fait de l'acheteur lui-même ou de ceux dont il répond. Il ne doit donc ni le prix, ni des dommages et intérêts.

174. — Lorsqu'un tiers revendique l'objet vendu, ou réclame un droit sur cet objet, l'acheteur doit l'appeler en cause dans le délai prescrit par les lois sur la procé-

(1) Is quis stipulatus est sub conditione, placet etiàm pendente conditione creditorem esse (L. 42, D., *De oblig. et act.*).

dure. Il n'y est cependant pas tenu sous peine de perdre son recours. Quand l'éviction lui paraît avoir une cause évidente, il peut y acquiescer avant jugement ou après, et exercer ensuite son action en garantie. Mais en user ainsi, c'est prendre l'obligation de prouver que le vendeur eût infailliblement perdu le procès, s'il eût été jugé contradictoirement avec lui. Il est donc d'autant plus prudent de l'appeler en cause qu'en formant contre lui une demande séparée, laquelle devient pure personnelle, l'acheteur se soumet de droit à la juridiction du domicile de son garant.

175. — Il est dans les ventes d'immeubles plusieurs hypothèses se rattachant à l'éviction, dont les unes ne peuvent jamais se présenter, et les autres ne se présentent jamais dans les ventes du commerce. Ne nous en occupons donc pas. Les explications qui précèdent suffiront à résoudre les principales difficultés que peut offrir l'éviction commerciale, dont, après tout, les exemples ne se reproduisent que de loin en loin.

Mais si la justice consulaire a rarement à s'occuper de demandes en éviction, l'action rédhibitoire y est un cas des plus fréquents.

2° De la rédhibition.

176. — On a vu *suprà*, n° 160, la définition grammaticale qu'Ulpien nous en donne dans la loi 21, D., *De ædil. edict.* Le droit postérieur au droit romain n'y a rien changé, rien modifié. *Rédhibition* signifie toujours faire que le vendeur ait de nouveau la chose, *facere ut rursùs venditor habeat quod habuerit.*

177. — Néanmoins parmi nous, comme à Rome, l'action rédhibitoire se divise en deux actions.

Dans la première, très-conforme à la définition grammaticale, le demandeur conclut *à ce que le vendeur soit condamné à reprendre la chose, à rendre le prix et à rembourser les impenses que l'acheteur a faites pour la conservation de la chose, avec dépens, dommages et intérêts.* C'est l'action rédhibitoire proprement dite.

Dans l'autre, le demandeur conclut *à ce que le défendeur soit tenu de lui rendre ce que lui aurait coûté de moins l'achat de la chose, s'il en eût connu les défauts.* C'est l'action qu'on appelait à Rome et qui s'appelle encore l'action *quanti minoris* (1).

Ainsi, par l'une de ces deux actions, l'acheteur poursuit la résolution du marché; par l'autre, il demande seulement que le prix soit refait.

178. — Mais, nonobstant cette différence dans le but, l'une et l'autre action n'en est pas moins l'action rédhibitoire, parce qu'elles ont le même principe, le même fondement, à savoir *le vice de la chose.* Aussi ont-elles une commune origine, et qui dit d'où vient l'une, a dit d'où naît l'autre.

179. — S'il n'est pas plus défendu en France qu'il ne l'était à Rome d'user d'industrie pour vendre le plus cher qu'on peut et acheter au moindre prix possible, il ne fut jamais permis de cacher les mauvaises qualités et les

(1) Sous-entendez *empturus fuisset emptor si scivisset quod nesciebat.* On appelait aussi cette actio *actio æstimatoria,* parce que son premier objet était de faire estimer la chose par des connaisseurs.

A Rome, on avait, en outre, l'action *in id quod interest.* Il en est parlé *infrà,* n° 198.

vices de ce qu'on vend. C'est là un dol, et ce dol, on ne le commet pas seulement par réticence, ou par des affirmations contraires à la vérité que l'on connaît; on le commet aussi par des insinuations fallacieuses, et par des réponses obscures ou ambiguës: *Dolum non tantùm interest qui, fallendi causâ, obscurè loquitur, sed etiàm qui insidiosè dissimulat* (L. 5, § 2, D., *De cont. empt.*). Il y a plus: alors même que le vendeur ignore les défauts de sa chose, il est toujours sous-entendu que la chose est propre à l'usage auquel elle est naturellement destinée, ce qui, pour le commerce, signifie que la marchandise sera *loyale et marchande* (V. t. 4, n° 179). Ainsi l'exige la justice commutative. Comment donc doit-il être entendu, ce brocard latin si bien établi en France: *In emptione venditione licet se invicem circumvenire?* Un exemple le fera comprendre. Vous voulez acheter à Jacques son cheval qui est présent. Jacques en fait les plus grands éloges. L'animal est bon marcheur; l'on est dessus comme dans une chaise; il se nourrit de peu, est d'une parfaite docilité et se tire supérieurement bien des ornières et des mauvais chemins; en un mot, rien de mieux pour vous qui êtes un commis-voyageur ou un médecin de campagne. *Si ce n'était pas vous*, ajoute Jacques, je ne me déferais jamais de mon cheval. Le marché se conclut. Vous payez le cheval 600 f., et, à votre retour chez vous, tous les connaisseurs vous disent qu'il en vaut à peine 300. Si l'animal n'a pas les qualités contraires à celles dont Jacques vous a parlé, c'est-à-dire, s'il a ces mêmes qualités dans un degré quelconque, vous n'avez qu'une chose à faire, c'est de vous précautionner pour n'y être pas repris. Cela n'est pas beau de la part de Jacques; mais cela est licite: *Sciendum tamen est, quædam et si dixerit, præstare eum non debere : scilicèt ea quæ ad nudam laudem servi per-*

tinent. Veluti si dixerit frugi, probum. dicto audientem ; *ut enim Pedius scribit, multùm interest commendandi servi causâ quid dixerit, an verò præstaturum se promiserit, quod dixit* (L. 19, D., *De ædil. edict.*).

Autre supposition. Vous avez demandé à Jacques si le cheval boitait. « Essayez-le et vous verrez, c'est le plus sûr, répond Jacques ; allez avec lui à l'assemblée de Châtillon, à deux lieues d'ici, et tantôt vous m'en direz des nouvelles. » Effectivement, le cheval ne boite ni le premier, ni le second jour d'un voyage : mais, le troisième, il commence à clocher, et, le quatrième, il ne peut plus aller. Voilà du dol.

Le sens du brocard est donc : on peut (*licet*) vanter les bonnes qualités de sa chose ; mais on n'en doit jamais déguiser les mauvaises.

On voit déjà que l'action rédhibitoire est née du besoin de prévenir les tromperies dans les ventes et achats, de maintenir la bonne foi et l'égalité entre les contractants : *Causa hujus edicti proponendi est ut occurratur fallaciis vendentium, et emptoribus succurratur, quicumque decepti à venditoribus fuerint* (Ulp., L. 1, D., *De ædil. ed.*). Le vendeur, en effet, peut et doit connaître sa marchandise ; l'acheteur ne saurait en avoir la même connaissance. Si donc la chose ou la marchandise a des défauts qui la rendent impropre à son usage, ou qui en diminuent la valeur : *Si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat*, il y a lieu à rédhibition, *id dabit redhibitioni locum.*

180. — Mais, quand l'action rédhibitoire est-elle donnée, quels en sont les effets, quand cesse-t-elle? Voilà le sujet que nous devons traiter, en l'éclairant par des espèces.

Commençons par l'action rédhibitoire proprement dite, celle où le demandeur conclut à la résolution de la vente.

De l'action rédhibitoire proprement dite.

181. — Pour donner naissance à l'action, il n'est pas exigé que la marchandise vendue ait quelque vice ou défaut réel, positif, *v. g.*, des soieries piquées ou tachées ; il suffit qu'elle pèche par l'une des conditions promises au contrat, la qualité, la bonté, la forme, l'odeur, la saveur, le son, la couleur, la nouveauté, la rareté, etc. (V. Casar., Disc. 176, nos 1, 2, etc.) ; en un mot, il suffit qu'elle ne soit pas telle que le vendeur l'a promise, ou qu'elle soit impropre à l'usage auquel elle est naturellement destinée.

Deux exemples remarquables éclairciront le principe.

Les manuscrits sont, pour les savants, d'un secours inappréciable dans la correction des textes imprimés, et l'ancienneté leur donne souvent un grand prix. Une librairie de Paris distribue un catalogue de livres à vendre comprenant *un manuscrit des épîtres* de saint Jérôme, sur peau vélin, en 2 vol. in-folio, reliés, *annoncé comme étant du* XIIIe *siècle.* Vous achetez le manuscrit au prix de 300 fr. Dix mois après, vous reconnaissez que le manuscrit est, non du XIIIe, mais du XVe siècle. En effet, à l'une des dernières pages de l'un des volumes, se trouve la mention : *Epistolarum sancti Hieronimi volumen primum finit. In nomine sanctæ et individuæ Trinitatis gloriosæ Virginis Mariæ scriptum....* 1468. Il y a erreur de deux siècles dans l'âge attribué au manuscrit ; il n'a pas l'antiquité que l'on avait affirmée ou annoncée. Vainement le vendeur dirait-il qu'il était de bonne foi ; il n'a pas dû déclarer, *proscribere*, ce qu'il ne savait pas. C'est le

premier cas de rédhibition renfermé dans le principe posé (1).

C'est par une conséquence de ce même principe que tout ouvrier est garant des défauts de son ouvrage (2). Sa bonne foi n'excuse point son ignorance : *Imperitia culpæ adnumeratur* (L. 132, D., *De div. reg. jur.*). Qui exerce un état, affirme par cela même qu'il est capable de bien remplir cet état.

Voici une espèce appropriée au second cas :

Inventeur ou importateur d'un produit nouveau, je répands dans le commerce que la poudre de *pachacama* est propre à la teinture, à la fabrication de couleurs et de papiers peints. Divers teinturiers ou fabricants traitent avec moi pour des parties de cette poudre, et des commandes leur sont expédiées. Mais la marchandise ne remplit pas la destination voulue par le contrat ; des essais sont faits sur des échantillons, et d'habiles experts constatent que la poudre de *pachacama* est impropre à la teinture. Évidemment encore il y a lieu à rédhibition (3).

L'action rédhibitoire a donc deux causes principales, outre celle de la non-conformité de la qualité livrée et de la qualité promise : 1° le vice ou la mauvaise qualité de la marchandise ; 2° l'affirmation téméraire du vendeur : *Nihil interest inter temerariam affirmationem venditoris et ejus reticentiam* (Donell., *De jure civili*, t. 3, p. 790, n° 12).

182. — Mais le vice et la mauvaise qualité de la chose

(1) *Journal des Débats*, 6 septembre 1844. — Jugement du tribunal de commerce de Paris.

(2) Ceci ne doit pas être entendu des ouvriers à la journée. Ils ne répondent pas des malfaçons. C'est au maître de les mieux choisir.

(3) V. espèce analogue, *Rec. de Mars.*, t. 12, 1, 246.

vendue ne sont rédhibitoires que si, occultes, ils n'ont pu être aperçus et connus de l'acheteur, et s'ils existaient au moment de la vente ou de la tradition.

En effet, lorsque le vice ou le défaut est patent, l'acheteur ne peut alléguer une juste ignorance, ni dire qu'on l'a trompé. L'action n'a pas lieu : *Hoc enim tantùm intuendum est ne emptor decipiatur.* Ainsi pas de rédhibition, quand je vous ai vendu un cheval aveugle ou boiteux, si ce cheval était en votre présence, et que vous ne fussiez pas aveugle vous-même : *Si nominatìm morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere, ut putà cæcus homo veniebat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in aliâ parte corporis, non teneri Cæcilius ait* (L. 14, § 10, D., *De ædil. edict.*). Pas de rédhibition encore, si vous achetez des denrées ou marchandises exposées en vente et annoncées comme tarées ou de rebut.

L'action rédhibitoire n'est donc ouverte que pour les vices ou défauts que l'acheteur a ignorés ou qu'il a pu ignorer : *Quæ quis ignoravit, vel ignorare potuit* (Casareg., Disc. 79, nos 3 et 5).

Du reste, il n'importe que le vendeur les ait connus ou non, parce qu'on ne recherche pas si l'acheteur a été trompé par l'ignorance ou l'astuce du vendeur ; *nec interest emptoris cur fallatur ignorantiâ venditoris an calliditate* (Ulp., L. 1, D., *De æd. ed.*). On ne considère que l'ignorance de l'acheteur et le silence du vendeur. Mais si la bonne foi ou la mauvaise foi de celui-ci n'a point d'influence sur l'action elle-même, il en est autrement quand il s'agit de l'effet produit par cette action (V. *infrà*, n° 185).

183. — Deuxièmement, nous disons que le vice ou le

défaut doit avoir existé lors de la vente ou de la tradition, encore qu'il n'ait apparu que postérieurement.

En effet, l'objet vendu est-il un corps certain, aussitôt que la vente est parfaite, *emptoris est damnum*, à l'acheteur le risque, et, par suite, à sa charge tout vice ou tout défaut qui vient à exister et à se manifester naturellement après la vente. Tout vice ou tout défaut antérieur ou dont le principe est antérieur, ne regarde donc que le vendeur, et ne peut regarder que lui (1).

Mais lorsque la vente porte sur un corps incertain, ce n'est que par la délivrance qu'il prend un caractère d'individualité ; c'est alors seulement que le péril peut passer à l'acheteur. Si donc à ce moment la chose était déjà atteinte d'un vice ou d'un défaut rédhibitoire, l'acheteur n'en doit pas être tenu : *venditoris damnum est.*

Ainsi, deux époques différentes où la cause de la rédhibition peut exister.

Cette époque a de l'importance sous un double rapport : quant à l'action elle-même, et quant à la fin de non-recevoir qui la paralyse, ou qui la repousse.

184. — Quels sont les vices qui donnent lieu à rédhibition ? Ils varient et sont d'une nature différente suivant l'espèce des marchandises. Dans certains cas, ils sont l'objet d'un règlement particulier tel que la loi du 20 mai 1838 sur les maladies de certains animaux ; dans d'autres cas, ils ne sont déterminés que par l'usage, comme le courtige

(1) *Vice, défaut, défectuosité, imperfection*, ont à peu près la même signification. Mais, en parlant de la rédhibition, nous employons les mots *vice* et *défaut* comme expressions synonymes ; et nous disons *défectuosité, imperfection*, pour exprimer le vice ou le défaut acquis ou naturel, qui n'est pas rédhibitoire par la seule force de la loi ou du droit.

pour les draps (1), ou laissés à l'appréciation du juge, *v. g.*, la vétusté d'un navire (*Mars.*, 13, 1, 129).

185. — L'effet de l'action rédhibitoire est d'annuler la vente, et de remettre les parties au même état que si elle n'avait pas eu lieu : *Judicium redhibitoriæ actionis utrumque, id est, venditorem et emptorem quodam modo in integrum restituere debere* (L. 23, § 7, D., *De ædil. ed.*).

En conséquence, l'acheteur restitue la chose avec ses détériorations ou diminutions, avec son augment, ses accessoires, ses fruits, ses loyers, en un mot, *cum omni causâ;* le vendeur rend le prix, les intérêts du prix, les frais de vente, de garde, courtage et autres, avec des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Nous disons *dommages-intérêts;* car, dans la restitution due à l'acheteur, il faut considérer la bonne foi ou la mauvaise foi du vendeur. Au premier cas, nuls dommages-intérêts; au second cas, réparation de tout le préjudice directement causé par le dol (1645, 1646 C. civ. V. t. 3, n° 14; t. 4, n° 274).

186. — Lorsque la chose vient à périr avant la restitution, trois hypothèses peuvent se présenter : 1° perte par le vice de la chose ; 2° perte par la faute de l'acheteur ; 3° perte par cas fortuit.

Première hypothèse. La perte est pour le vendeur tenu de la restitution du prix et des remboursements dont il vient d'être parlé.

Deuxième hypothèse. La chose ayant péri par la faute de l'acheteur, c'est comme si elle existait encore : *Per-*

(1) Le courtige est ce qui manque à la dimension qu'une pièce d'étoffe devrait avoir.

indè tenetur debitor, quasi res integra adhùc extaret, non naturâ id efficiente sed jure, ut culpa auctori suo noceat (Donell., *De peric. et com. rei vend.*, p. 992). Il faut donc régler la restitution comme si la chose existait; par suite, l'acheteur fait raison de la valeur de la chose.

Idem juris est, si la chose s'est détériorée par son fait ou sa faute.

Troisième hypothèse. L'action rédhibitoire doit également procéder : ainsi le veut le droit. C'est, en effet, de l'existence du vice et de la tradition de la chose que naît l'action : *Statim enim ut servus traditus est, committitur stipulatio quanti emptoris est*. A ce moment remontent le droit de l'acheteur et l'obligation du vendeur : *Interfuit emptoris*, dit Paul, *neque ex post facto decrescit obligatio* (V. *sup.*, n° 158). Or, que la force majeure détruise la chose, elle ne peut changer cette position respective; chacun en supporte la conséquence en droit-soi. Ainsi l'acheteur est affranchi de l'obligation de restituer la chose, mais non le vendeur de la rédhibition (V. L. 44, § 2, D., *De ædil. edict.*).

Suivant le Code civil (art. 1647, § 3°), est à la charge de l'acheteur la perte par cas fortuit, et *à fortiori* la perte causée par sa faute. Cette disposition, qui s'écarte de l'équité et des principes, repose sur une considération purement civile : c'est que, la chose n'existant plus, il est difficile, sinon impossible, de vérifier le vice rédhibitoire. Mais la difficulté d'appliquer un principe ne conclut rien contre la vérité ou la justesse de ce principe. La justification du Code civil, a-t-on dit, est la règle *res perit domino*. Conclure de la propriété au risque n'est pas toujours une argumentation exacte : qui a la propriété n'a pas toujours le risque; la réciproque peut être également vraie. Il en est de l'hypothèse posée, comme de celle où

un corps certain est vendu avec terme de livraison; sans être propriétaire, l'acheteur en court le risque. La chose vient-elle à périr, à l'acheteur encore la perte. De même, par la délivrance d'une chose vicieuse, il y a obligation pour l'acheteur de la restituer; obligation pour le vendeur de rendre le prix; c'est comme si l'acheteur s'était engagé à livrer une chose, et le vendeur à la payer. Or, quoique l'un, par l'effet du cas fortuit, ne puisse la livrer, le prix n'en est pas moins dû par l'autre.

187. — Lorsque plusieurs marchandises sont vendues en même temps et par le même contrat, la rédhibition de l'une ou de plusieurs entraîne-t-elle la rédhibition des autres? Cette question, examinée par les jurisconsultes romains, doit être résolue par des distinctions : 1° toutes les choses vendues l'ont-elles été pour un seul prix, ou chacune pour un prix séparé : *In universa an in singula pretio constituto?*

2° Les choses vendues forment-elles un tout, un ensemble, un assortiment, ou bien sont-elles indépendantes les unes des autres en sorte qu'elles puissent être séparées sans perte?

Dans les termes de la première distinction, il y a une seule vente ou plusieurs ventes suivant que le prix est un ou multiple. Par conséquent et en général, là où il n'y a qu'une seule vente, la rédhibition d'une des choses opère la rédhibition de toutes : *Una venditio est*, dit Africain, *et propter unius vitium omnes redhibentur;* là où il y a plusieurs ventes, *plures venditiones contractæ*, le vice d'une des choses vendues n'entraîne pas la rédhibition des autres. Mais cette première distinction doit être combinée avec la seconde.

Le prix fût-il unique ou séparé, il n'y a qu'une seule

vente pour les objets composant un ensemble, un assortiment, dont les uns n'auraient pas été achetés sans les autres : *Definiemus*, dit Cujas, *unam esse venditionem comœdorum vel chori, sive uno pretio pariter et confusè venierint, sive separatìm in singulos constituto pretio. Idemque de cæteris rebus dicemus, quæ sine magno incommodo separari non possunt, veluti quadriga aut par mularum; ob unius vitium indistinctè omnium redhibitionem esse.* C'est ainsi, par exemple, que des marchandises étant vendues ensemble, celles d'une qualité bonne ou médiocre faisant passer celles d'une qualité mauvaise ou inférieure, la rédhibition des unes ne peut se faire sans la rédhibition des autres, à raison du désavantage qui en résulterait : il faut que la vente soit résolue pour le tout ou qu'elle ne le soit pas du tout.

Au contraire, les choses vendues sont-elles indépendantes les unes des autres, sont-elles séparables sans l'inconvénient d'une perte? Si la vente est faite *pretio in singula constituto*, il y a autant de ventes que de prix, et chacune d'elles peut donner lieu séparément ou ne pas donner lieu à la rédhibition. S'il n'y a qu'un seul prix, *uno pretio in universa constituto*, et que les choses vendues ne forment pas un tout inséparable, un assortiment, l'objet vicieux est seul sujet à rédhibition : *Unius erit redhibitio, non omnium.* L'on estimera donc, ou le juge arbitrera la valeur de cet objet, et l'estimation sera déduite du prix total : *Pro bonitate ejus fiet æstimatio si confusè universis mancipiis constitutum pretium fuerit* (L. 36, 64, D., *De ædil. edict.*).

Ce qui vient d'être dit dans le présent numéro s'applique exclusivement à la vente commerciale. Pour ce qui est de la vente civile (achat du consommateur), V. *infrà*, nos 196 et 197.

188. — Il reste encore à dire comment l'action rédhibitoire peut être paralysée ou repoussée. Elle cesse :

189. — 1° Par l'effet d'une convention ; *v. g.*, lorsqu'il est convenu que le vendeur ne sera pas garant de tel vice, ou qu'il n'en garantit aucun : *Si nominatim exceperit aliquo morbo* (L. 38, § 9, D., *De ædil. edict.*). Toutefois, il faut que le vendeur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait ignoré le vice. Autrement *sciens morbum consultò reticuit.* Or, taire un vice rédhibitoire que l'on connaît, c'est dissimuler, c'est commettre un dol, et nul ne peut convenir qu'il ne sera pas tenu de son dol : *Tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem* (L. 14, § 9, D., *De ædil. edict.*).

190. — 2° Lorsque l'acheteur a connu le vice rédhibitoire ; car l'objet de l'action est d'empêcher les tromperies du vendeur. Or l'acheteur qui connaît le vice ne peut être trompé.

191. — 3° Lorsque l'action n'a pas été intentée dans le délai fixé par la loi ou l'usage du lieu de la vente. Le Code civil se borne à dire qu'elle le sera dans un bref délai suivant la nature du vice ou l'usage des lieux. Mais, en ce qui concerne les vices rédhibitoires des animaux domestiques, ce Code a été modifié sous plusieurs rapports par la loi du 20 mai 1838 : 1° une nomenclature a été faite des vices suivant l'espèce des animaux ; 2° des délais pour former l'action ont été fixés ; 3° l'action *quanti minoris* ou en réduction de prix a été supprimée ; 4° l'animal venant à périr dans les délais fixés, l'acheteur doit prouver que la perte provient d'un vice rédhibitoire.

Mais cette loi ni aucune autre loi n'a rien disposé rela-

tivement aux denrées et marchandises. L'usage fait donc règle, et, à défaut, le juge décide si le vice dont on se plaint est rédhibitoire, et si l'action n'est pas intentée tardivement.

Par exemple, dans le commerce de draps que l'on destine à des expéditions pour le Levant et pour la Barbarie, il est d'usage que l'acheteur ne les déplie pas lors de leur réception à Marseille; que le courtige ou autres défauts qui peuvent se rencontrer dans les pièces sont constatés seulement à l'arrivée à destination, et que les fabricants en demeurent responsables (*Mars.*, t. 8, 1, 230, t. 12, 1, 207). La vérification doit être faite par des experts que le consul nomme, et qui, après serment, procèdent en présence des parties (*Mars.*, t. 12, 2, 54. Édit de 1778, art. 19. Ord. 1681, art. 78). Le manque d'aunage doit être constaté sur chaque pièce, et non pas seulement sur un certain nombre de pièces, et le déficit de chacune reconnu en particulier (*Ibid.*, t. 12, 1, 207).

A défaut d'usage, tout est remis à la discrétion, à la prudence et à l'expérience du juge (V. *Mars.*, t. 13, 1, 129).

192. — La réception ou la revente de la chose est-elle une fin de non-recevoir contre la rédhibition?

Non, sans doute, en règle générale. En effet, le vice rédhibitoire est celui qui, connu ou non connu du vendeur, mais ignoré de l'acheteur, empêche l'usage ou le service de la chose (*rei usum vel ministerium impedit*), et par suite duquel la chose peut être rendue au vendeur, *redhibetur, rehabetur*. Il s'ensuit que l'action rédhibitoire présuppose réception par le vendeur, et conséquemment ni la réception, ni la revente par suite de cette réception ne font obstacle à son exercice. Cela est évident, lorsque le

vice ne peut être découvert qu'après la chose reçue. Tel est le cas où la marchandise, étant vendue comme propre à tel usage, ne peut être connue ou appréciée qu'après essai, *v. g.*, lorsqu'il s'agit d'un produit nouveau, comme dans l'espèce citée de la poudre de pachacama, n° 181. Il en est encore ainsi, lorsque le vice ne peut être découvert que par l'usage même de la chose, *v. g.*, un navire innavigable à raison de sa mauvaise confection. En un mot, la prescription ne peut courir qu'à partir du temps où le vice a pu être connu : *Cùm sex menses utiles quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriæ actioni præstentur, non videbitur potestatem experiundi habuisse* qui vitium fugitivi latens ignoravit (Papin., L. 55, *De ædil. edict.*). Toutefois, il faut que l'acheteur n'affecte pas de retarder l'expérience, et qu'il agisse sans perte de temps : *Non idcircò tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit* (eàd. leg.).

La loi ou l'usage, dans certaines circonstances, a fixé un délai pour l'exercice de l'action rédhibitoire (V. *suprà*, n° 191). Lorsque la maladie ou le vice vient à se déclarer ou à se découvrir dans le délai marqué, il est censé que la maladie ou le vice existait lors de la vente. Par conséquent, tant que l'action est recevable, l'acheteur peut agir contre le vendeur, et il n'importe qu'il ait revendu ; la revente n'éteint pas son action.

On a prétendu, toutefois, que la réception opère une fin de non-recevoir, et l'on a dit : disposer de la marchandise ou la recevoir sans en constater le vice ou le défaut, c'est reconnaître le vendeur irréprochable, ou du moins se jeter dans des procès d'identité toujours scabreux ; d'ailleurs la marchandise ne peut-elle pas avoir été détériorée par la négligence ou l'incurie de celui qui l'a reçue, ou des intermédiaires? Il faut donc que l'acheteur

refuse la marchandise tout d'abord, ou qu'il proteste ; et quant à la constatation du vice, les art. 105 et 106 du Code de commerce ont tracé la formalité à suivre.

Voyons donc si ces articles sont applicables à l'espèce : Ils disposent : 1° que la réception des objets transportés et le payement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier (art. 105); 2° qu'en cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés, l'état en est vérifié et constaté par des experts nommés par le président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de paix. Le texte de ces dispositions et la place qu'elles occupent dans le Code font voir qu'elles concernent les rapports des commerçants et des voituriers ou commissionnaires de transport. Or, l'application par analogie est impossible.

En effet, la loi a traité le voiturier et le commissionnaire de transport avec une extrême sévérité. Elle leur impose une responsabilité illimitée quant à la garde et à la conservation de la marchandise, et, par ce motif même, elle ne devait rien laisser à l'arbitraire de celui qui la reçoit des mains du voiturier. De là les dispositions des art. 105 et 106 du Code de commerce. Le voiturier et le commissionnaire de transport sont, par leur profession, au service de tous, et chaque jour exposés à une multitude d'actions. On ne pouvait prolonger indéfiniment leur garantie, et faire peser sur eux le fardeau accumulé de ces recours. Il est donc statué que la vérification de la marchandise sera faite sur-le-champ, avant la réception ou avant le payement de la voiture; autrement plus d'action, sauf quelques exceptions réclamées par des circonstances particulières (art. 105 et 108 C. comm.). Les dispositions des art. 105, 106, ne sauraient donc recevoir application hors des cas qu'elles ont en vue, et elles ne concernent

que les contestations relatives aux pertes ou avaries de la marchandise dans les transports par terre ou par eau. Aussi est-ce l'*état* de la marchandise qu'on doit vérifier, et non la *qualité.* L'avarie s'annonce par des signes extérieurs, elle imprime des marques aux caisses, colis, etc., et le destinataire est averti sur-le-champ de prendre ses précautions. Mais quand le vice est inhérent à la chose, quand, pour reconnaître la marchandise, il faut la déballer, quand la marchandise passe avec le même emballage ou les mêmes colis de mains en mains, comment exiger la rédaction d'un procès-verbal avant réception? L'expéditeur n'a pas bonne grâce à se plaindre d'une vérification nécessairement remise à un temps ultérieur, pourvu que l'identité de la chose soit constante. Mieux que personne il sait ou doit savoir si sa marchandise est ou non conforme à la commande, à la facture. Le rejet ou le refus de l'envoi peut sans doute lui causer quelque dommage; mais cet envoi mal approprié ne peut-il pas aussi causer à l'acheteur une perte non moins dommageable? Du reste, il ne saurait alléguer que le défaut de vérification à l'arrivée, ou le payement du prix de la voiture l'a privé de quelque recours contre le voiturier et le commissionnaire; car, on raisonne dans le cas où la marchandise arrive extérieurement bien conditionnée. Le voiturier a rempli exactement son obligation : il faut qu'il soit payé; il a privilége sur la marchandise.

Les dispositions des art. 435 et 436 sont, dans le transport maritime, de même nature que celles des art. 105 et 106 dans le transport par terre.

193. — La question de savoir si l'art. 106 est applicable entre l'acheteur et le vendeur a été soumise à la Cour de cassation, et la Cour, rejetant le pourvoi, l'a résolue

négativement. Elle a jugé que le défaut de qualité peut être constaté de toute autre manière. La même question s'est élevée entre le commettant et l'acheteur pour compte ; et la Cour de Lyon infirme un jugement du tribunal de commerce de la même ville qui déclarait non valable un procès-verbal de vérification comme fait tardivement ; elle rejette l'application de l'art. 106 du Code de commerce (1).

Ainsi, suivant cette jurisprudence, quand il s'agit de constater la qualité d'une marchandise, la loi ne fixe aucun délai, ne détermine aucune forme ; la réclamation est recevable, tant que l'identité est constante, ou que l'acheteur n'a pas fait acte d'appropriation. Néanmoins il est de la prudence et de l'intérêt de l'acheteur, tout en protestant, de constater le vice ou la non-conformité de la marchandise dans une forme juridique. Le séjour de la chose en magasin, l'altération dont elle est susceptible suivant sa nature, et d'autres accidents encore deviennent une source de difficultés qui peuvent compromettre le sort de la réclamation (2). Il faut surtout avertir le vendeur

(1) *Jurisprudence générale*, t. 2, p. 750.

(2) La loi espagnole est, sur ce point, plus explicite que la nôtre. Voici comme elle dispose ; elle prévoit trois hypothèses principales :

1° Lorsque l'acheteur (ce qu'il peut toujours faire) exige lors de la livraison la vérification intégrale de la quantité et de la qualité de la marchandise qu'il reçoit ; la livraison faite, il n'y a pas lieu à réclamation ;

2° La marchandise est-elle livrée par nombre, poids et mesure, l'acheteur qui l'a reçue, ayant eu un temps suffisant pour l'examiner, n'est plus écouté pour vice dans la qualité, ou déficit dans la quantité ;

3° Mais si la livraison se fait sous des balles ou enveloppes qui empêchent de visiter et de reconnaître la marchandise, l'acheteur peut, dans les huit jours de la livraison, réclamer pour déficit en la quantité et vice en la qualité, à charge de prouver, dans le premier cas, que les plombs sont intacts ; dans le second, que le vice ou l'a-

diligemment, et agir promptement. En justice consulaire, on n'excuse pas les retards inutiles : *Mercatores solent sua negotia diligenter peragere* (Casar., Disc. 137, n° 157; L. 55, D., *De ædil. edit.*).

L'inapplicabilité des art. 105 et 106 étant démontrée, il s'ensuit que la réception de la marchandise n'opère pas, par elle-même, une fin de non-recevoir contre l'action rédhibitoire.

Supposons l'espèce suivante : En 1840, Dervieux, de Marseille, vend à Dellat 150 quintaux métriques soude de Ténériffe, loyale et marchande, à recevoir sur le quai, fin de décembre, à l'heureuse arrivée de la *Purisima Concepcion*. Ces soudes appartenaient à un commettant des Canaries. La livraison est faite à l'époque convenue. L'acheteur agrée la marchandise, la reçoit en transbordement sur le navire *Delphina*, partant pour la Candie, et paye la facture. En 1841, le destinataire fait constater, par un rapport d'experts, la falsification des soudes; mais cette constatation n'eut pas lieu immédiatement à l'arrivée, la marchandise étant déjà entrée dans les magasins du destinataire.

Il s'agissait, devant le tribunal de commerce de Marseille, de savoir si la falsification des soudes, nonobstant la réception et le payement par l'acheteur, était un vice rédhibitoire de nature à résoudre la vente.

Le tribunal déclare la vente résolue, par le motif que si, en général, tout est consommé entre commerçants par la réception et l'enlèvement de la marchandise, l'intérêt du commerce exige que la marchandise fraudée soit sévèrement proscrite. Or, en traitant d'une marchandise

varie n'a pu être occasionnée dans son magasin par cas fortuit ou fraude (art. 370 C. espagn.).

loyale et marchande, les parties n'ont pas entendu vendre et acheter des soudes privées d'alcali, impropres à l'usage auquel elles sont destinées.

La preuve faite de la falsification et de l'identité, ces raisons commerciales sont assurément sans réplique. Néanmoins la Cour d'Aix infirma le jugement de Marseille. Sans nier la falsification, elle paraît s'être trop préoccupée du retard dans la vérification de la marchandise au lieu de l'arrivée, et, par suite, du défaut d'identité, quoique le destinataire ne fût pas accusé d'être l'auteur de la falsification. Mais c'est son argumentation en droit que nous devons examiner :

1° Ce n'est pas là, dit cette Cour en parlant de la falsification des soudes, un vice caché, non apparent dans le sens de la loi; il était de nature à être reconnu par l'acheteur au moyen d'une vérification à sa charge; ce vice, d'ailleurs, est resté inconnu aussi bien au vendeur qu'à l'acheteur;

2° A la vérité, le dol fait exception à toutes règles; mais encore faut-il qu'il soit imputable à celui contre qui on l'allègue; or, dans l'espèce, la bonne foi du vendeur est incontestable;

3° Tout est consommé (par la réception) tant dans les rapports du vendeur avec l'acheteur, que dans les rapports du vendeur avec son commettant ou avec l'expéditeur des Canaries;

4° Le vendeur n'a pas dissimulé qu'il n'était pas le fabricant de la soude; ce n'est pas en lui, mais dans l'expéditeur, que l'acheteur a placé sa confiance.

Cette argumentation est loin d'être conforme aux principes du droit. En effet :

1° La réception de la marchandise, même agréée, n'empêche pas l'exercice de l'action rédhibitoire; cette

action n'a été inventée que pour forcer l'acheteur à reprendre la chose, *ad rem redhibendam*. Qu'exige-t-elle donc? Un vice existant au moment de la vente ou de la livraison. Mais de quelle sorte? Un vice caché, latent, non perceptible aux sens; car, point de rédhibition si le vice est apparent, visible, palpable (V. *suprà*, n° 182). Or, quand pour découvrir le vice il faut recourir à une expertise, à une analyse chimique, il est manifeste que le vice n'est pas apparent et qu'il donne lieu à la rédhibition. Cela posé, quel vice plus rédhibitoire que la falsification dans l'espèce proposée, puisque lors de la réception et de l'agrément de la marchandise, la falsification n'avait été aperçue ni de l'acheteur ni du vendeur?

D'un autre côté, comment la bonne foi du vendeur influerait-elle sur l'action rédhibitoire? Il n'importe, quant à l'action, que le vendeur ait connu ou ignoré le vice (*suprà*, n° 182); ce que le bon ordre du commerce exige, c'est que l'acheteur ne soit pas trompé: *Ne emptor fallatur ignorantiâ venditoris an calliditate;* c'est que *la marchandise fraudée soit sévèrement proscrite.*

2° Le dol, en principe général, ne pèse avec toutes ses conséquences que sur celui qui s'en est rendu coupable ou complice; mais s'agit-il de rédhibition, le dol du vendeur n'en est pas une condition nécessaire; il suffit que la marchandise soit atteinte d'un vice rédhibitoire: *Venditorem etiamsi ignoravit,.... teneri debere; nec est hoc* iniquum: *potuit enim ea nota habere* (L. 1, § 2, D., *De ædil. ed.*). « Le vendeur qui a ignoré le vice rédhibitoire « n'en est pas moins tenu, et avec raison: il a dû ou pu « le connaître. » Que l'acheteur souffre un préjudice par l'ignorance ou le dol du vendeur, le préjudice en est-il moins réel? en est-il moins le même? Encore une fois, le dol du vendeur n'a d'importance en cette matière que

lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts, et, en général, lorsque la vente est celle d'un corps certain. (Quant aux choses fongibles, V. *infrà*, n° 214.)

3° Par ce qui précède, on voit combien il est inexact de dire que tout est consommé par la réception de la marchandise entre l'acheteur et le vendeur, entre le vendeur et son commettant expéditeur. Malgré l'enlèvement ou la réception de la marchandise, le vendeur pour compte n'en répond pas moins du vice rédhibitoire; et si, par suite de cette responsabilité, il éprouve une perte, réparation lui est due par son commettant (t. 3, n° 102).

4° Dire que l'acheteur a eu confiance, non dans le vendeur, mais dans l'expéditeur qu'il savait être le fabricant de la marchandise, c'est méconnaître un principe de droit, trivial à force de vérité : ceux-là seuls s'obligent, qui contractent (art. 1165 C. civ.). Or qui, dans l'espèce, avait contracté avec l'acheteur? Le commissionnaire vendeur de Marseille (V. t. 3, n° 404). Aussi le jugement infirmé par la Cour disait-il avec raison : Dervieux (le vendeur) a traité en son nom personnel sans énoncer qu'il agissait pour compte d'un commettant; il a donc assumé sur lui la responsabilité personnelle de la vente.

D'ailleurs, si, par le fait du commettant, quelqu'un doit souffrir une perte, n'est-il pas juste que celui-là seul la supporte qui en fut l'occasion ou l'instrument salarié (1)?

(1) L'espèce est empruntée des *Annales commerciales et maritimes*, par MM. Lehir et Raoult, 1844, 3e part., p. 204.

Le *Recueil de Marseille*, 1840, 2e partie, p. 121, contient une espèce dans laquelle le tribunal de Saint-Omer a jugé que l'acheteur d'une marchandise, sur échantillons, qui l'a reçue et en a payé la voiture, sans remplir aucune des formalités prescrites par les art. 105 et 106 du Code de commerce, n'en est pas moins recevable à la laisser pour compte de son vendeur pour défaut de conformité avec l'é-

chantillon, et à demander l'annulation de la vente, si, d'ailleurs, *il n'a point mis de retard* à prévenir le vendeur de son refus d'agréer la marchandise. Le vendeur s'est pourvu en cassation, et la Cour a rejeté son pourvoi, par arrêt du 4 novembre 1845.

V. aussi (*Journal du Palais*) un arrêt de rejet du 19 avril 1846, par lequel la Cour de cassation décide, comme le porte le sommaire de cet arrêt, que « l'art. 106 du Code de commerce a seulement pour « objet de régler les différends qui peuvent s'élever entre le desti- « nataire et le voiturier, et n'est point applicable au cas où il s'agit « de difficultés existantes entre le vendeur et l'acheteur. » Ainsi la jurisprudence paraît heureusement fixée sur ce point qui a donné lieu à tant de contestations.

---

§ IX.

DE L'ACTION *quanti minoris* OU EN RÉFACTION DU PRIX, ET DES MODIFICATIONS QU'ELLE PEUT SUBIR EN CERTAINES CIRCONSTANCES.

SOMMAIRE.

194. Exposition du sujet.

195. Selon le droit civil, chaque fois que l'acheteur peut garder la chose moyennant une diminution du prix, il a le droit de la rendre et d'exiger la restitution du prix entier; critiques dont cette disposition est l'objet; en donnant à l'acheteur le choix des deux actions, le Code civil n'a rien fait que de juste.

196. S'il faut admettre, à cet égard, quelque distinction entre les choses dépendantes et les choses indépendantes les unes des autres, celles achetées *uno pretio*, et celles achetées *pretio constituto pro singulis corporibus*; opinion de M. Troplong qui admet une distinction admise dans le droit romain; réfutation de cette opinion, au point de vue du droit civil francais; différence et raison de la différence entre ce droit et le droit romain.

197. La doctrine de M. Troplong, inadmissible en droit civil, est nécessaire en droit commercial; raison de cette nécessité.

198. A Rome, en matière de vente, il existait, au profit de l'acheteur, deux actions que les interprètes du droit romain appellent *in id quod interest;* leur objet respectif et leur différence; l'une, relative au dol du ven-

deur, est reçue parmi nous, tant dans le droit civil que dans le droit commercial; l'autre dans le droit commercial exclusivement, et pour des cas exceptionnels seulement; en principe, le marchand qui a l'action *quanti minoris*, a aussi action pour forcer le vendeur à reprendre la chose et à rendre le prix, *et vice versá*; seulement, ce principe, qui est absolu dans le droit civil, souffre des exceptions dans le droit commercial.

199. Uniformité du principe, dans l'un et l'autre droit, que l'action *quanti minoris* est une action rédhibitoire.

200. Nécessité de n'en pas confondre l'espèce avec celles mentionnées nº 136; leur différence.

201. Il importe de bien saisir le caractère de l'action, parce que les auteurs enseignent qu'une fois qu'on a choisi l'action *quanti minoris*, et qu'on y a succombé, on ne peut plus exercer l'action rédhibitoire; et réciproquement; loi romaine sur laquelle ces auteurs se fondent; doctrine de M. Toullier, conforme à cette loi; même doctrine de M. Troplong et de plusieurs auteurs qu'il cite.

202. Cette doctrine doit être admise, mais avec certaines restrictions que les auteurs ne mentionnent pas; importance de ces restrictions, même dans le droit civil; M. Toullier pense que le silence de ce Code sur la question de savoir si l'une (action) épuise l'autre, a pour objet de renvoyer le juge à la loi romaine; réfutation de cette erreur; le Code civil a voulu laisser au juge le pouvoir d'admettre les exceptions que réclameraient l'équité et l'utilité publique.

203. Vrai sens du principe enseigné par MM. Toullier, Troplong, Duranton, etc., et de la loi romaine sur laquelle s'appuie M. Toullier; quiconque, ayant le choix des deux actions, en a exercé une à raison d'un vice déterminé, ne peut plus exercer l'autre à raison de ce même vice, sans qu'il y ait à distinguer, comme M. Toullier paraît le faire, s'il a succombé, ou s'il a triomphé dans la première action; raison pour laquelle il ne le peut pas.

204. Mais, après avoir exercé l'action *quanti minoris* pour un vice, il peut encore, à son choix, exercer cette action ou

l'action rédhibitoire pour un autre vice ; enseignement de Donellus sur ce point de doctrine ; raison, en droit, pour laquelle il en est ainsi ; mais, lorsqu'il s'agit de corps certains qui n'ont pas un cours, comme dans le cas du n° 185, il ne faut pas que l'acheteur fasse un lucre, sans préjudice toutefois de ses dommages et intérêts, s'il lui en est dû.

205. L'action de l'acheteur se modifie et dégénère en une action intermédiaire entre l'action rédhibitoire et l'action *quanti minoris*, lorsqu'on peut sur-le-champ ou dans un très-court délai remplacer la partie viciée de la chose, ou en réparer le vice ; ce principe peut, en général, s'appliquer aux objets de toute nature ; mais on l'applique surtout, et son application est fréquente, aux navires récemment lancés.

206. L'art. 1644 du Code civil est-il applicable aux navires qui n'ont pas encore navigué? Renseignements sur la jurisprudence consulaire de Nantes; espèce récemment jugée par le tribunal de commerce de cette place et la Cour d'appel de Rennes.

207. Si, *quand le navire a commencé ou achevé sa première navigation*, et qu'on y a découvert un vice, l'armateur a l'une des trois actions rédhibitoire, estimatoire ou *ad vitiosum reficiendum;* l'opinion commune est, dans le commerce, qu'il n'a aucune action, à moins qu'il n'y ait eu dol de la part du constructeur ; un arrêt de la Cour de Rennes qui déclare, en principe, l'action rédhibitoire recevable ; assentiment à cet arrêt dont la doctrine s'applique à tout vendeur d'un navire, constructeur ou autre ; ce qu'il convient de décider, au retour du navire, selon que le vice est ou n'est pas réparable.

208. Prestations dues par le vendeur quand le vice était tel qu'il a pu et dû être réparé *au cours du voyage;* espèce singulière qui s'est présentée au Tribunal de commerce de Nantes.

209. Stipulations ordinaires dans la vente des navires *qui ont déjà navigué ;* espèce où il se trouve qu'un navire était cloué et chevillé en fer, quoiqu'il eût été vendu sur un inventaire énonçant qu'il était cloué et chevillé en cui-

vre ; cependant le vendeur fut relaxé de la demande en rédhibition, attendu sa bonne foi et sa stipulation de non-garantie.

210. Assentiment hypothétique à cette décision : Bien jugé et pourquoi bien jugé, s'il s'agissait d'un inventaire contradictoire entre l'acheteur et le vendeur; mal jugé, s'il s'agissait d'un inventaire antérieur, fait entre le vendeur et son propre vendeur ; raison, en droit, de cette distinction; un cas où le juge doit procéder par voie d'*équité judiciaire.*

211. Examen de la question de savoir si, après avoir reçu la délivrance et payé le prix d'un navire *qui a déjà navigué*, l'acheteur a quelque action pour vice rédhibitoire dans l'espèce où il n'existe ni inventaire, ni stipulation de non-garantie, mais une expertise faite en présence des parties par des experts convenus qui *déclarent le navire en bon état ;* motifs d'un arrêt de la Cour de Rennes sur cette grave question; réfutation de ces motifs qui ont déterminé la Cour à penser que l'expertise était l'équivalent d'une stipulation de non-garantie; aucun fait antérieur à la délivrance ne peut équivaloir à la stipulation de non-garantie; une autre erreur dans le même arrêt.

212. Dans quel délai l'acheteur d'un navire qui *a pris pour la première fois ou qui a repris la mer,* doit intenter l'action qui lui compète à raison d'un vice qu'il prétend antérieur à la délivrance, ou contemporain.

213. Inconvénients qu'il peut y avoir à introduire dans les motifs d'un arrêt des considérations de doctrine dont le dispositif n'est pas la conséquence; comment on doit prononcer en pareille occurrence.

214. Comment se règlent et se réalisent commercialement les prestations ou dommages-intérêts dus par le vendeur de choses fongibles ayant un cours, ou susceptibles d'avoir un cours, lorsque la chose expédiée ou livrée par mains est atteinte d'un vice rédhibitoire qui ne permet pas la réfaction du prix, et que l'acheteur, au lieu de résoudre la vente, en poursuit l'exécution ; livrer une chose rédhibitoire qui ne permet pas la réfaction du prix, c'est être

194. — La seule dénomination de l'action *quanti minoris* en indique l'objet, et l'on a vu *suprà*, n° 177, en quoi cet objet consiste. Mais il nous reste à montrer qu'il est une différence à cet égard entre l'usage du commerce et la loi civile, et que l'action dont il s'agit n'est pas moins une action en rédhibition que celle qui a pour but la restitution du prix entier. Enfin nous aurons à parler d'une autre action, tenant, en quelque sorte, le juste milieu entre l'*estimatoire* et la *rédhibitoire.*

195. — *Jure civili*, qui a l'une de ces deux actions a aussi l'autre, en ce sens qu'il peut choisir; cela est de loi (art. 1644 du Code civil) (1).

On a critiqué cette disposition. L'art. 1641, a-t-on dit, pose trois cas : celui où les vices cachés rendent la chose impropre à son usage; celui où l'acheteur ne l'aurait pas achetée, et celui où il en aurait donné moins. Que l'acheteur ait l'option dans les deux premiers cas, rien ne semble plus juste. Mais, dans le troisième, *c'est trop favoriser son inconstance et entraver la marche du commerce.* « Je crois, dit M. Malleville, que c'est par inattention « qu'on n'a pas renouvelé dans notre article (1644) cette « distinction-là. »

(1) Sauf les exceptions introduites, quant à la vente de certains animaux domestiques, par l'art. 3 de la loi du 20 mai 1838, dont il est parlé *suprà*, n° 191.

Critique mal fondée, selon nous, au point de vue du *commerce de la vie civile*, le seul, sans doute, dont M. Malleville ait entendu parler. L'art. 1644 dit exactement ce qu'il voulait dire, et ce qu'il fallait dire. En effet, si j'achète une chose pour la consommation de ma maison ou pour mon usage personnel, la raison et l'équité demandent que je ne sois pas tenu de garder cette chose lorsqu'elle n'est pas conforme aux stipulations convenues, ou qu'elle a un vice que j'ignorais, et qui me la rendrait moins utile, moins commode ou moins agréable que les choses pareilles dont j'ai coutume de me servir, ou dont je voulais me servir. On ne peut, en ceci, me taxer d'inconstance. Loin de là, il y a persévérance de ma part à vouloir ce qu'on m'a promis, et tel qu'on me l'a promis. Le vendeur seul est en faute. D'un autre côté, nul ne doit pouvoir imposer la moindre contrainte à mes besoins, mes habitudes, mes goûts, ma volonté, ou, si l'on veut, à mes caprices. Ce droit n'appartient qu'à moi seul, et il doit m'être libre d'en user ou de n'en pas user, *uti voluero*. Il serait donc très-injuste qu'il ne fût pas à mon choix de rendre la chose ou de la garder.

196. — Cela est évident, lorsqu'il s'agit d'un tout indivisible, *v. g.*, un cheval, un bœuf, un violon, un tableau, etc. Mais, suivant M. Troplong (*Vente*, n° 578), « si les choses sont indépendantes l'une de l'autre, l'action « rédhibitoire n'aura lieu que pour celle qui a un vice. « Ulpien en donne pour exemple un haras de chevaux qui « aurait été vendu, et dans lequel un cheval serait atteint « d'un vice rédhibitoire. Ce vice ne pourrait pas servir de « prétexte pour demander la rescision de tout le mar- « ché... Cette décision a lieu quand même le prix aurait « été fixé en bloc... car l'unité de prix n'est pas toujours

« une circonstance assez puissante pour faire décider « qu'il y a indivisibilité dans les choses vendues... Le « vendeur devra donc reprendre la chose et restituer le « prix de cette chose suivant la ventilation qui en sera « faite par rapport au total du prix... »

A l'appui de ces décisions, le savant magistrat cite l'opinion de Pothier (*Vente*, n° 224), de Toullier (t. 6, n° 777), et de M. Duranton (t. 16, n°s 318, 319). Il s'appuie encore sur d'autres autorités, et notamment sur celle d'Ulpien, loi 31 au Digeste, *De ædilit. edict.*

Il nous est impossible de partager cet avis au point de vue du droit civil français, non tel qu'il existait au temps de Pothier, mais tel que le Code civil l'a constitué. La distinction enseignée par M. Troplong et par les auteurs qu'il cite est précisément celle que M. Malleville regrette de ne pas trouver et qui ne se trouve en effet, ni explicitement, ni implicitement, dans l'art. 1644. Que le législateur l'ait omise par inattention, comme M. Malleville le pense, ou qu'il n'ait pas voulu la faire, comme nous le croyons, peu importe; toujours est-il certain qu'il ne l'a pas faite. Il suffit, pour s'en assurer, de lire l'art. 1644, ainsi conçu : « Dans le cas des art. 1641 et 1643, l'ache- « teur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer « le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une « partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts.» Cette loi ne distingue pas, et, par conséquent, le juge ne peut pas distinguer entre les choses divisibles et les choses indivisibles, celles vendues pour un seul prix, et celles vendues *pretio constituto in singula*. Sa disposition, claire et précise, n'admet ni exceptions ni réserves; c'est un principe universel qui embrasse indistinctement toutes les choses vendues, quels que soient le prix ou les prix, et, quand le Code civil a parlé, la règle du droit romain

cesse. Or, entre ce droit et le nôtre il y a cette profonde disparité qu'à Rome on ne distinguait pas entre la vente civile et la vente commerciale. Tout principe qui s'appliquait à l'une, s'appliquait également à l'autre. Parmi nous, au contraire, une foule de dispositions du Code civil sont radicalement inapplicables aux achats et ventes du commerce. Nous en avons donné mille preuves.

197. — Toutefois, si la doctrine de M. Troplong ne peut être appliquée à la vente civile sans ajouter au Code civil une exception qu'il ne fait pas (art. 1644), elle est d'une application nécessaire à l'achat commercial. Permettre à l'acheteur commerçant, dans tous les cas où, soit la chose entière, soit une partie de la chose a des défauts rédhibitoires, de choisir entre la résolution de la vente et la réfaction du prix, ainsi que la loi civile le permet au consommateur, ce serait, non pas favoriser son inconstance, comme dit M. Malleville (un marchand a toujours de la constance pour éviter de perdre et pour gagner), mais ce serait l'exposer aux inspirations de la mauvaise foi, selon que le cours serait en hausse ou en baisse *cùm dies venerit*, le jour où il faut livrer. De là les exceptions marquées, ou indiquées *suprà*, n° 136, et d'autres encore, dont il est parlé *infrà*, n° 199. Ces exceptions sont une nécessité commerciale, et n'ont d'ailleurs rien de contraire à l'équité ni à la règle du droit. Autant, en effet, il serait injuste de forcer le consommateur à garder pour la consommation de sa famille ou pour son usage personnel une chose viciée qui ne lui convient pas, ou des choses en moindre nombre que celui de son achat, par exemple, cinq chevaux au lieu de six, autant il est juste, en certaines circonstances, d'interdire au marchand la répudiation de la chose pour quelque léger défaut, ou quelque manque de

quantité ou de qualité, qui ne la rend pas impropre à sa destination. Or (et c'est ici la raison en droit), dans le commerce, la destination de la chose achetée, sa destination exclusive, son *usage propre*, est d'être revendue, et l'acheteur peut y gagner autant, peut-être même y gagnera-t-il plus, que si elle eût été sans défauts. Il suffit donc qu'elle reste *marchande* nonobstant des défauts ou un déficit faciles à compenser par la réfaction du prix. Voilà peut-être pourquoi, dans le passage cité, M. Troplong termine par cette observation fort sage : « Au surplus le juge doit se régler sur les circonstances. Il « pèsera l'intention des parties, et examinera le *but qu'elles* « *se sont proposé dans leur marché.* » Rien du moins n'entre mieux dans le sens et dans les prévisions de l'art. 632 du Code de commerce, qui répute acte de commerce tout achat de denrées et marchandises *pour les revendre, etc.* Lorsqu'il s'agit d'une vente mobilière, il faut donc, avant tout, que le juge examine si l'achat fut fait pour consommer, ou s'il fut fait pour revendre. Là est la différence fondamentale, caractéristique, entre l'achat du marchand et l'achat du consommateur, et, de cette différence, que de conséquences!

198. — L'action en réfaction du prix n'est véritablement qu'une action *in id quod interest.* A Rome, en matière de vente, il en existait deux auxquelles les interprètes du droit romain attribuent cette dénomination, et qui ne doivent pas être confondues. L'une était donnée par la loi 1re au Code, *De ædilit. actionib.*, contre le vendeur qui avait usé de dol. En vertu de cette loi, l'acheteur pouvait exiger, non-seulement la restitution du prix entier, mais aussi la réparation de tout le préjudice, résultat direct du dol, à quelque taux que ce préjudice pût s'élever, même

au delà du prix (1), et il n'en est pas autrement aujourd'hui, tant dans le droit civil que dans le droit commercial.

L'autre action *in id quod interest* avait lieu si la plus grande partie de la chose manquait, ou que la chose n'eût qu'à un degré au-dessous du médiocre la qualité que les contractants avaient eue principalement en vue. Alors la vente était résolue. S'il ne manquait pas une partie ultra-médiaire de la chose ou si la qualité n'était que moindre (*citrà dimidiam*), la vente subsistait, et l'acheteur était indemnisé (L. 1, 22, 23, 24, 57, D., *De contrah. empt.*).

Voilà la législation que le Code civil repousse (art. 1644). Mais elle est nécessaire dans le droit commercial, et elle y est admise, avec certaines modifications nécessitées par les progrès de l'industrie et du commerce (*v. g.*, le cours), non, comme dans le droit romain, pour tous les cas indistinctement, mais pour les cas exceptionnels dont il est parlé, n° 136, et dont il va être parlé, numéro suivant.

Car, en principe, dans les achats du commerce, aussi bien que dans l'achat du consommateur, avoir l'action *quanti minoris*, c'est avoir l'action rédhibitoire, et réciproquement. Toute la différence, c'est que le principe est

(1) *Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, sique idem fugitivus abiit, non solùm in pretium servi venditorem conveniri, sed etiàm damnum quod per eum tibi accedit, competens Judeæ (ut jam pridem placuit) præstari, jubebit.*

Cette loi, il est vrai, ne parle que d'un esclave. Mais Faber nous avertit qu'elle s'applique indistinctement à toutes les choses vendues, *est enim in omnibus cæteris rebus quod de iis affirmemus aut promittamus, non minùs quàm in mancipiis* (ad ædilit. edict., cap. 1, n° 10). Effectivement, un esclave n'est qu'une chose.

absolu selon le droit civil, et qu'il ne l'est pas selon le droit commercial.

199. — Il est encore admis dans l'un et l'autre droit que l'action *quanti minoris* est une action rédhibitoire. Ce principe, nous l'avons énoncé purement et simplement *suprà*, n° 178. C'était ici le lieu d'en faire voir la vérité et la grande importance.

D'abord, nulle difficulté quand la consistance et l'état de la chose sont tels que la partie viciée ou de moindre qualité peut être séparée des parties saines ou ayant la qualité voulue. Par exemple, si vous m'avez acheté, pour revendre, dix balles de tel coton, au prix de 3,000 fr. (*uno pretio*), et qu'il s'en trouve une atteinte d'un vice rédhibitoire, vous pouvez exiger que je la reprenne, et que le prix soit refait; à plus forte raison, si vous avez acheté à tant la balle ou le kilogramme. Dans ce cas et autres semblables, la chose vicieuse est matériellement rendue; *rursùs habet venditor quod habuerit*, et pourtant la vente subsiste, modifiée quant à la chose et au prix, car vous n'en pouvez exiger la résolution (sauf le cas de la demeure *ex re*, sur quoi V. t. 4, n°s 256 et suiv. et n° 274). C'est précisément le même effet que celui d'un pacte accessoire dont on serait convenu, *ex intervallo*, sur une des choses substantielles du contrat.

Mais l'action *quanti minoris* ne cesse-t-elle pas d'être une action rédhibitoire, lorsqu'il est impossible de séparer de la chose ce qu'elle a de vicié, ou de séparer la chose viciée d'une autre chose vendue, ou des autres choses vendues, et, par suite, de la rendre, ou de rendre la partie viciée, *v. g.*, un navire, un tableau, etc. ? Par exemple encore, vous m'avez vendu au prix de 100 fr. les cinquante kilog. trois barriques de tel sucre pour livrer et recevoir

à l'heureuse arrivée du *Neptune*. Après les avoir reçus au débarquement (poids constaté 9,000 kilog.), je m'aperçus que la marchandise avait été avariée à la mer, et je vous ai assigné en réfaction du prix. Qu'ont fait les experts? Ils ont fait sur la totalité des sucres une opération estimative dont le résultat a été de déterminer la quantité qui en devait être distraite pour rendre leur qualité égale à celle qu'ils auraient eue, s'ils n'eussent éprouvé aucune avarie, et cette quantité, ils l'ont évaluée à 2 1/2 p. 100 : dès ce moment, notre position fut la même que si vous m'eussiez livré 8,775 kilog. de sucre non avarié, et 225 kilog. n'ayant absolument aucune valeur. Ces 225 kilog. existaient certainement bien. Ils étaient répandus dans le *totum* de trois barriques, et c'est précisément pour cela que je n'ai pu vous les rendre, *facere ut rursùs haberes*. Mais, en fait comme en droit, il est très-indifférent qu'une chose qui, ne valant rien, n'est pas appréciable à prix d'argent, vous eût été rendue, ou que je n'aie pu exécuter cette obligation qui s'éteignait par cela même que je ne pouvais la remplir : *Impossibilium nulla obligatio est*. Mon action contre vous était donc une action rédhibitoire.

Il en serait de même si j'eusse acheté à Salomon, pour fumer mes terres, du noir de raffinerie ou du noir animalisé, dont, le plus souvent, on ne peut reconnaître le vice qu'après l'emploi (1); et alors la restitution est de toute impossibilité.

(1) Le 26 novembre 1846, la Cour d'appel de Rennes, 2e chambre, a rendu un arrêt qui le juge ainsi, entre M. Ducoudré, fabricant de noir animalisé à Paris, et MM. Sebert, négociants à Saint-Brieuc. La bonne foi du fabricant était certaine; la Cour le proclame; elle était même hors de contestation. D'un autre côté, son noir avait été déclaré *théoriquement* bon par un chimiste justement renommé

200. — Gardons-nous de confondre ces espèces avec aucune de celles rapportées ou indiquées *suprà*, n° 136, pour l'explication du principe posé n° 135. Dans l'espèce du n° 136, la prétention du vendeur était de *faire réduire* les huiles, objet de son marché, *pour les rendre marchandes*, tandis qu'il est de principe qu'*il faut que la marchandise soit marchande pour pouvoir être réduite*, c'est-à-dire, pour que l'acheteur puisse être contraint à se livrer moyennant réfaction du prix. Dans la présente espèce, au contraire, il est supposé que, nonobstant la réduction de 2 1/2 p. 100, la marchandise restait encore marchande, ce qui arrive fort souvent. D'un autre côté, nulle stipulation de qualités spéciales, mais seulement la stipulation tacite et de droit que la marchandise serait

(M. Malagutti, professeur à la Faculté des sciences de Rennes). Mais le paysan-cultivateur ne s'occupe pas de théories; il juge et ne peut juger que par les résultats. Or, les récoltes des nombreux cultivateurs auxquels les sous-acheteurs de MM. Sebert avaient revendu, ont été en majeure partie, les unes très-mauvaises, les autres complétement nulles, et pourtant MM. Sebert n'avaient acheté (la Cour le déclare) que sur l'*affirmation* de M. Ducoudré, que le noir fabriqué par lui *était supérieur au noir de raffinerie*, lequel avait réussi, comme de coutume, dans les mêmes localités.

On disait encore pour l'appelant que son noir avait eu un plein succès dans plusieurs autres départements, et le fait paraissait établi. Mais la Cour a jugé qu'ayant vendu le noir pour être employé dans les Côtes-du-Nord, il répondait du succès dans les Côtes-du-Nord. Ainsi, l'arrêt décide implicitement que la chose vendue peut avoir un vice rédhibitoire, *relatif* à la chose à laquelle ou dans laquelle elle doit être employée. En d'autres termes, *la bonté théorique ne suffit pas, il faut la bonté pratique.*

Enfin, M. Ducoudré invoquait, vu sa bonne foi, l'art. 1646 du Code civil. La Cour a jugé qu'il ne devait pas seulement la restitution du prix, mais aussi la réparation de tout le préjudice, parce qu'il était l'*ouvrier*, le *fabricant* de ce qu'il avait vendu. C'est une application du principe posé *suprà*, n° 181.

L'un de nous donnait suffrage dans cet arrêt.

marchande. S'agissant donc *d'un achat fait pour revendre*, et l'état des sucres étant tel qu'ils pouvaient être revendus, je n'avais pas l'action en résolution du contrat, mais seulement l'action *quanti minoris*, laquelle ne peut être autre qu'une action rédhibitoire, puisqu'elle a pour cause prochaine le vice de la marchandise.

Mais, si vous m'eussiez vendu 10 kilogr. de sucre pour ma consommation, j'étais en droit de les rendre et d'exiger la restitution du prix, ou de les garder moyennant réfaction (art. 1644 C. civ.).

201. — La nature de l'action est ici d'une extrême importance, et c'est pourquoi nous insistons. En effet, les auteurs enseignent qu'une fois que l'acheteur a choisi l'action *quanti minoris*, il ne peut plus exercer l'action rédhibitoire proprement dite, et *vice versâ*. Ces auteurs se fondent sur une autorité bien grave, la loi 25 au Digeste, *De except. rei judic.*, où le jurisconsulte Julien s'exprime ainsi : *Est in potestate emptoris, intrà sex menses, redhibitorià agere mallet, an eà quæ datur quanti minoris homo, cùm veniret, fuerit. Nam posterior actio etiàm redhibitoriam continet, si tale vitium in homine est ut eum ob id actor empturus non fuerit. Quare verè dicetur eum qui alterutrà earum egerit, si alterà posteà agat, rei judicatæ exceptione summoveri.* « L'acheteur d'un esclave « a six mois pour opter entre l'action rédhibitoire et celle « qui lui est donnée à raison de ce que l'esclave valait « de moins lors du contrat ; car cette dernière action implique aussi l'action rédhibitoire, pourvu que le vice de « l'esclave soit tel que le demandeur n'eût pas acheté, *ou* « *n'eût acheté qu'à prix moindre* (1). C'est pourquoi il

(1) Pourquoi ces derniers mots ne sont-ils pas dans le texte ? C'est

« sera vrai de dire que, si, après avoir exercé l'une de ces « actions, on intente l'autre, celle-ci est repoussée par « l'exception de la chose jugée. »

L'enseignement de M. Toullier est conforme à cette loi, il la transcrit comme nous, et voici son raisonnement : « .... La cause de la seconde action, *causa « proxima actionis*, est la même que celle de la première ; « ce sont les vices rédhibitoires, les vices cachés de la « chose vendue, que le vendeur est toujours censé avoir « connus, et qu'il doit garantir. Cette question a déjà été « jugée par le premier jugement. Le demandeur ne fait « donc réellement que changer d'action. Après avoir « exercé l'action *quanti minoris*, il ne peut plus former « l'action rédhibitoire, et *vice versâ*. Notre Code n'a point « de disposition qui défende de revenir à l'une de ces ac- « tions après avoir épuisé l'autre. Mais, comme elles sont « empruntées du droit romain, et que la raison de déci- « der est la même en droit français, c'est-à-dire, l'identité « de la cause prochaine de l'action, la décision doit aussi « être la même. » (T. 10, n° 163.)

« On demande, dit M. Troplong (*Vente*, n° 581), si « l'exercice de l'une de ces deux actions épuise l'autre.

« L'affirmative n'est pas douteuse : *Planè*, dit Voët (*ad « Pand.*, *De ædilit. edict.*), *si unâ ex his emptor intrà « sex menses egerit, alterâ agere ampliùs non potest, ex- « ceptione rei judicatæ repellendus.*

« C'est aussi l'opinion de M. Toullier et de M. Duran- « ton, t. 16, n° 328, et t. 13, n° 480. »

que les jurisconsultes romains, ennemis des paroles inutiles, dédaignaient souvent d'exprimer ce qui s'entend de soi-même.

Faber donne pour raison que le *moins* est compris dans le *plus*, sur quoi il cite la loi *Minus*, 32 D., *De verb. signif.*

202. — Nous partageons cet avis, mais sauf certaines restrictions qui ne manquent pas d'importance, même dans le droit civil, et qui en ont beaucoup plus dans le droit commercial.

Et d'abord, nous ne pensons pas avec M. Toullier que le silence du Code civil sur la question de savoir *si l'exercice de l'une des deux actions épuise l'autre*, ait eu pour objet de s'en rapporter à la loi romaine. Nous pensons, tout au contraire, qu'en ne s'expliquant pas à cet égard, le législateur français a voulu laisser aux juges le pouvoir d'admettre les exceptions qui leur paraîtraient exigées par l'utilité publique et l'équité naturelle.

En effet, il peut se présenter, en grand nombre, tels cas où il serait injuste de repousser l'action rédhibitoire, proprement dite, par cela seul que l'acheteur aurait déjà succombé ou triomphé, dans une action estimatoire. *V. g.*, croyant m'être aperçu que du drap qu'on vient de m'apporter, et que j'ai acheté pour me faire un manteau, est taché en certains endroits, j'ai recours au juge par l'action *quanti minoris;* mais le vendeur triomphe. Le lendemain, appelé pour me prendre mesure, le tailleur, ayant déplié le drap, et le présentant au jour, me dit et me fait voir que ce drap est piqué des teignes. Est-ce que le silence du Code civil sur le cas où je me trouve peut justement faire obstacle à mon action rédhibitoire?

Vous avez vendu à Jacques cinq hectolitres blé-froment pour la consommation des ouvriers qui font ses vendanges. A la livraison, Jacques prétend que ce blé a été submergé. Contestation sur ce point; puis, par transaction, bonification de 1/4 p. 100. Mais bientôt les ouvriers se plaignent, la police informée saisit le pain chez le boulanger, vérifie ce qui vous reste en nature, et, de l'examen du tout, il résulte que, indépendamment d'une

légère avarie, effet des eaux pluviales, qui n'aurait pu suffire à rendre le blé non marchand, le grain a un vice interne que Jacques ignorait, et qui le rend impropre à une alimentation saine. Assurément encore, nonobstant la transaction, Jacques est en droit de demander la résolution de la vente et la restitution du prix.

Prenons un exemple dans la vente commerciale : De Nantes où je réside, je traite par lettres avec Salomon, constructeur de navires à Vannes, pour la construction d'un chasse-marée de tel tonnage. Le marché est à l'entreprise, et le devis porte, entre autres stipulations, que tout le bordage de carène sera en bois de chêne, coupé hors séve; que le chasse-marée sera bon voilier, et conditionné selon les règles de l'architecture nautique. Le navire achevé, je me rends sur les lieux, j'assiste à la mise à l'eau, et je ne remarque aucun vice. Mais le lendemain, je m'aperçois que le marché n'est pas bien exécuté. Quelques pièces de bordage sont en chêne coupé vers la fin de l'hiver (1); j'en vois aussi en hêtre, et même hors de l'eau (2); enfin quelques autres ne sont pas purgées de leur aubier (3); autant de vices rédhibitoires. Mais, pressé par les circonstances, je me borne à l'action

(1) Il faut du bois coupé au commencement de l'hiver. Sans cela, le bois se tourmente, se déjette, et dure beaucoup moins.

(2) Dans la construction maritime, on n'emploie jamais le hêtre hors de l'eau, parce qu'il canit fort vite; et alors même qu'il y est plongé, il conserve une séve caustique qui mange continuellement le fer dont il est traversé.

En termes maritimes, le bois est *cani* lorsqu'il est échauffé, et qu'il commence à se pourrir.

(3) L'aubier est une substance blanche qui se trouve entre l'écorce et le bois fait. Cette substance n'est point assez dure pour pouvoir être employée. Elle se pourrit promptement et communique sa pourriture.

quanti minoris, et le prix est refait, après quoi j'appareille pour Nantes, par un vent arrière et bon frais. Cependant le navire ne file pas plus de huit nœuds (1) à l'heure. Nouveau vice rédhibitoire, car un chasse-marée bon voilier doit filer au moins douze nœuds par heure, au plus près de belle mer. Conçoit-on que mon action *quanti minoris* puisse être une fin de non-recevoir contre ma demande en résolution du contrat ?

203. — Quel est donc le vrai sens du principe très-vrai enseigné par MM. Toullier, Troplong, Duranton, etc..... ? Le sens est que si, ayant le choix de l'action *quanti minoris* et de l'action rédhibitoire, à raison d'un vice *déterminé*, je choisis la première, je ne puis plus exercer la seconde, et réciproquement, à raison du même vice : *Unâ electâ, non datur regressus ad alteram.* Il importe peu que j'aie succombé ou triomphé. Au premier cas, il a été jugé que le vice dont je voudrais me plaindre n'existe pas, et je suis repoussé par l'autorité de la chose jugée; au second cas, ayant obtenu ce que je demandais, je ne puis plus demander autre chose; il y a encore autorité de la chose jugée, car il a été implicitement jugé que mon seul préjudice était celui dont j'ai demandé et obtenu la réparation.

204. — Mais il ne s'ensuit pas, et les auteurs cités n'ont garde de dire que l'exercice de l'action estimatoire pour un vice, fasse obstacle à l'exercice de cette même action, ou de l'action rédhibitoire, au choix de l'acheteur, pour un autre vice découvert ou apparaissant dans le délai utile : *Hoc judicio sæpiùs agi potest, non ejusdem*

(1) Deux lieues.

vitii morbive nomine, quod iniquum est, sed diversorum ut quantum est, quantò minoris quis empturus esset, si singula vitia non ignorâsset, id præstetur (Don., *ad ædil. ed.*, cap. 6, n° 1). C'est ce que porte la loi 31, § 16, *eod. tit.* La raison est que ce sont là des actions personnelles, et que ces sortes d'actions peuvent être intentées pour une cause différente de celle qui a donné lieu, soit à une transaction, soit à un jugement sur le premier litige. Il faut seulement, s'il s'agit de corps certains qui n'ont pas un cours, comme dans le cas prévu *suprà*, n° 185, que les condamnations soient conçues de manière que l'acheteur n'en retire pas au delà du prix : *Sed ait Julianus id agendum esse ne lucrum emptor faciat, et bis ejusdem rei æstimationem consequatur* (*dict. leg.*, *eod.* §); sans toutefois préjudicier aux dommages et intérêts qu'il peut avoir droit de demander.

205. — Enfin, l'action de l'acheteur se modifie en certaines circonstances, et dégénère en une action intermédiaire entre l'estimatoire et la rédhibitiore : c'est lorsque le vice ou le défaut de la chose est de nature à être réparé efficacement et promptement, *v. g.*, comme si, dans l'exemple proposé *suprà*, n° 199, le vendeur des dix balles de coton dont une est viciée, offrait de la remplacer sur-le-champ ou dans un très-court délai, par une balle saine de mêmes poids, provenance, espèce et qualité. Alors le vice ou le défaut n'est plus réputé rédhibitoire, et le droit de l'acheteur se borne à demander la prompte réparation ou le prompt remplacement. Cela est conforme à la loi 16, D., *De ædilit. ed.* : *Quod ità sanatum est ut in pristinum statum restitueretur, perindè habendum est quasi nunquàm morbosum esset.* Lorsque le vendeur est de bonne foi, et qu'un léger retard n'offre pas d'incon-

vénients graves, il n'est guère de ventes commerciales, faites au compte, auxquelles ce principe ne puisse être appliqué par un juge expérimenté et sage appréciateur des circonstances. Mais on l'applique surtout à la vente de machines, mécaniques ou autres objets semblables, vendus par le constructeur à l'entreprise, et particulièrement à la vente d'un navire récemment mis à l'eau.

206. — Le cas doit se présenter souvent dans les ports de construction, et nous nous sommes assurés qu'il s'est souvent présenté à Nantes. Voici des renseignements sûrs fournis par M. Goupilleau, l'un des plus habiles courtiers de la place, et que nous devons aux bons offices de M. Dufresne, alors procureur du roi à Nantes. « Dans « ma carrière commerciale, dit M. Goupilleau, j'ai vu « plusieurs fois intenter des actions, réclamer le bénéfice « de l'art. 1644 du Code civil, *et ce avant le départ du « navire;* mais, dans la majeure partie des cas, il y a eu « transaction amiable; dans les autres cas, le tribunal « s'est borné à ordonner, sur rapports d'experts, le chan-« gement ou la consolidation des pièces arguées de vices « rédhibitoires. » De notre côté, après nous être assurés qu'aucune contestation de ce genre n'a jamais été portée par appel, soit au parlement, soit à la Cour d'appel de l'ancienne Bretagne, nous croyons pouvoir dire qu'il est admis en principe dans les *us et coutumes* du plus vaste ressort maritime de l'empire, que l'art. 1644 du Code civil ne s'applique pas aux navires *qui n'ont pas encore navigué.* Mais, en droit et en équité, outre les travaux à faire ou à refaire, le constructeur est tenu de réparer le préjudice que le retardement causerait au propriétaire : *Qui suâ culpâ damnum dedit, illud resarcire debet* (Casaregis, Disc. 23, n° 14).

Ces précédents et l'expérience du passé ne permettent pas raisonnablement de penser que le navire, chef-d'œuvre du génie et de l'industrie de l'homme, puisse, dans l'état actuel de la science, être affecté d'un tel vice de construction, que, pour le rendre navigable, il faille, non remplacer quelques pièces défectueuses, non compléter quelque imperfection, mais en modifier la construction elle-même ou le reconstruire dans son ensemble. Si ce cas insolite se réalisait (1), il y aurait lieu à résilier le marché, et la résiliation serait fondée, moins sur le vice rédhibitoire, que sur l'inexécution de la convention. Le constructeur n'aurait réellement pas livré un navire ; pas de navire, s'il n'est navigable : *Navis ad hoc paratur ut naviget.*

207. — Maintenant, si le navire *a commencé ou achevé sa première navigation*, et qu'il y soit découvert un vice, l'armateur aura-t-il l'une des trois actions rédhibitoire, estimatoire, ou *ad vitiosum reficiendum?* Voici encore ce que nous dit M. Goupilleau à cet égard : « Mais, après le « premier voyage commencé, je n'ai jamais vu intenter « d'action en rédhibition à aucun constructeur pour vice « de construction de la coque. Mon avis particulier est que « les constructeurs sont dans le droit commun de tous les « vendeurs de meubles, mais que les tribunaux leur se-

(1) Le tribunal de commerce de Nantes et la Cour d'appel de Rennes ont eu à juger l'espèce suivante. Il était constant, en fait et après essai, que le navire n'avait aucune assiette stable (vice capital); que le défaut d'instabilité provenait de la construction de sa coque; que, malgré un lest convenable, il se couchait à tribord et à babord, à la moindre brise, même par un temps calme, et cette défectuosité ne pouvait être corrigée que par un procédé qui altérait profondément les conditions de la construction, et dont le succès ne pouvait être garanti que par l'expérience. (*Rec. des arr.*, 1860, p. 255.)

« ront toujours favorables, lorsque le navire aura navigué, « à moins de fraude ou de dol évident. »

La question s'est présentée devant la Cour de Rennes, qui l'a résolue d'une manière conforme à l'opinion de M. Goupilleau, et voici en quels termes : « Considérant « que, quand même on pourrait dire et prouver que l'action « de Martin Laffitte et compagnie serait la première de « cette espèce dont les tribunaux eussent eu à s'occuper, « ce ne serait pas une raison suffisante pour prétendre « qu'en matière de vente de *bâtiments de mer*, l'action « résultant des vices rédhibitoires ne serait pas admis- « sible, à moins qu'une loi précise et formelle ne l'eût « prohibée ; que loin qu'on puisse citer une loi pareille « parmi les anciennes et les nouvelles, on trouve le con- « traire dans l'art. 1641 du Code civil, qui est la seule loi « applicable dans cette cause, en déclarant que le ven- « deur est tenu des défauts cachés de la chose vendue ; « et cet article ne permet pas de distinguer, ni d'excepter « aucune espèce des objets susceptibles de vente ; que « conséquemment c'est une erreur, en principe, de sou- « tenir que la vente des navires ou bâtiments de mer « n'est pas de nature à donner lieu à cette garantie et à « l'action qui en résulte, sauf à considérer quels vices « pourraient la produire, et de quelle manière ces vices « pourraient être prouvés (1). »

Cette décision nous paraît fort sage et non moins conforme à l'équité qu'au droit. Il n'est effectivement aucun motif bien fondé pour que le vendeur (constructeur ou

(1) Même arrêt du 7 août 1813. Dans cette affaire il ne s'agissait pas d'un constructeur dont le navire eût fait ou commencé son premier voyage. Le navire avait déjà navigué. Mais on voit que la question est absolument la même.

autre) ne réponde pas d'un vice non apparent, c'est-à-dire, d'un vice que l'acheteur a pu ne pas connaître avant que le navire prît ou reprît la mer. Sans doute il sera souvent plus ou moins difficile de savoir au juste si le vice existait avant la délivrance, ou s'il est survenu depuis. Mais comme on l'a dit *suprà*, n° 186 *et passim*, les difficultés de l'application d'un principe ne détruisent pas le principe. La position du vendeur est assez avantageuse, puisque c'est à l'acheteur de prouver que le vice existait.

Cela posé, quand le navire est de retour, de deux choses l'une : ou le vice peut être réparé, ou il est irréparable. Au premier cas, l'acheteur ne doit avoir que l'action *ad vitiosum reficiendum*, avec indemnité du retardement, s'il y a lieu ; au second cas, il doit avoir le choix de l'action rédhibitoire ou de l'action *quanti minoris*.

208.— Si le vice était tel qu'il ait pu et dû être réparé pendant le voyage, le vendeur doit payer les frais de réparation, l'intérêt des sommes déboursées et les dommages et intérêts.

Voici une espèce qui s'est présentée à Nantes, et que nous devons encore à l'extrême obligeance de M. Goupilleau : « Un constructeur d'une réputation intacte construi« sit un navire pour une maison de Nantes qui prit livrai« son de la coque, l'arma et l'expédia avec un chargement. « Il y avait peu de jours que le navire était à la mer, lors« qu'une voie d'eau considérable se déclara. On fut obligé « de relâcher, et les experts reconnurent qu'une forte « cheville qui devait lier le taille-mer à l'étrave, avait été « oubliée. Le trou en avait été probablement bouché par « de la boue ou toute autre matière qui avait empêché de « reconnaître l'omission lors de la mise à l'eau. Le tribu« nal rendit le constructeur responsable de toutes les con-

« séquences de la relâche, attendu que le navire n'avait « jamais été *renable.* »

Le tribunal jugea très-bien; *qui dat causam casui, eum præstare debet.* Mais, le navire eût-il été renable, la décision aurait encore dû être la même, si l'on eût découvert, ou qu'il se fût manifesté, pendant la navigation, un autre vice non apparent, ou difficile à découvrir avant le départ et lors de la délivrance.

Toutefois, une distinction est nécessaire en cet endroit: dans cette espèce, le vendeur doit les dommages-intérêts, non comme vendeur, puisqu'il était de bonne foi, mais en tant que constructeur, parce qu'il a commis une impéritie ou faute grave, laquelle a causé le préjudice (V. *suprà*, nos 181 et 199 *in notis*). Au contraire, le vendeur qui n'a pas construit ou fabriqué, ne doit les dommages et intérêts que s'il était de mauvaise foi, c'est-à-dire, s'il connaissait le vice, ou s'il a pratiqué quelque autre dol pour déterminer l'acheteur à acheter.

209. — «Dans la vente des navires *qui ont déjà navigué* « (dit toujours M. Goupilleau), il est d'usage d'employer « ces mots dans le contrat : « L'acquéreur déclare avoir « parfaite connaissance de l'objet vendu, le vendeur s'o- « bligeant à le livrer dans l'état où il se trouve présente- « tement, sans garantie du nombre, quantité, nature ou « qualité du navire et de ses dépendances. » Je me rap- « pelle un navire vendu sur un inventaire portant qu'il « était cloué et chevillé en cuivre. Après la vente, l'ac- « quéreur reconnut qu'au lieu d'être cloué et chevillé en « cuivre, la majeure partie des clous et chevilles étaient « en fer, chose difficile à constater sans démolir partie du « navire. Eh bien ! il fut reconnu que le vendeur avait été « de bonne foi, et la vente fut maintenue. Bien entendu

« qu'il en eût été autrement, *si le constructeur du navire* « *en avait été le vendeur.* »

210. — Bien jugé encore, pourvu qu'il se soit agi d'un inventaire contradictoirement fait entre l'acheteur et le vendeur, parce que l'acheteur a pu et dû vérifier par lui-même. D'un autre côté, le vendeur se bornant à montrer ce qui était visible, et n'affirmant rien de ce qui ne l'était pas, a pu valablement stipuler, vu sa bonne foi, la non-garantie de toute erreur qui leur serait commune. Mais, si l'on suppose un inventaire fait entre lui et son propre vendeur, la décision doit être autre, malgré la bonne foi et la stipulation de non-garantie. En effet, l'inventaire contient l'affirmation positive d'un fait faux, et il est indifférent, quant à l'action, que l'acheteur soit trompé par l'ignorance ou le dol de son vendeur (V. *suprà*, n° 182); sa bonne foi fait seulement qu'il ne doit pas de dommages-intérêts; et, s'il a été trompé lui-même, il a une action contre son vendeur, mais son acheteur n'en doit pas souffrir (V. *suprà*, n° 130). Or, affirmer une qualité, c'est la promettre, et stipuler qu'on ne sera pas garant de ce qu'on promet inconditionnellement, ce serait promettre et ne pas promettre, par conséquent stipuler la non-garantie de son propre fait, ce qui n'est pas permis. A moins donc que le contraire n'apparût des circonstances ou du contrat, l'acheteur a dû entendre la clause de non-garantie par rapport seulement aux choses et aux qualités dont l'inventaire n'affirmait rien.

La circonstance qu'on ne pouvait tout savoir sans démolir une partie du navire, n'était point un obstacle à l'action estimatoire. Le grand nombre de clous et de chevilles en fer visibles au premier aspect, autorisait à penser que les parties non apparentes étaient clouées et che-

villées de la même manière. Cependant, le fait ne pouvant être connu avec certitude sans un plus grand dommage, il y avait lieu à procéder par voie d'équité judiciaire, en modérant la réparation du préjudice présumé, conformément au principe établi, t. 1er, n° 276 : *Quotiès æquijate desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est.* (L. 85, D., *De div. reg. jur.*)

211. — Que faut-il décider dans cette autre espèce où il n'y a ni inventaire ni stipulation de non-garantie, mais des experts convenus qui, après avoir procédé en présence des contractants, déclarent le navire en bon état, puis délivrance et payement du prix? L'acheteur a-t-il encore quelque action, s'il vient à se découvrir un vice rédhibitoire? La question s'est présentée devant la Cour d'appel de Rennes, et voici les considérations exprimées dans l'arrêt précédemment cité, du 7 août 1813 :

« Considérant que, dans l'espèce, il s'agit d'une vente « faite par un écrit double dans lequel l'acheteur a déclaré « avoir *parfaite connaissance* du navire qui lui était « vendu, et dans lequel le vendeur s'est obligé à livrer « le navire *en bon état, et jugé tel par les experts*; que, « dans le fait, ce dire ou jugement des experts a été pro- « noncé sur une visite contradictoire qui a précédé et « garanti la livraison; que la vente enfin a été consom- « mée par le payement intégral du prix convenu; qu'il « semble dès lors que l'acheteur *a cessé de suivre la foi* « *du vendeur*, principe essentiel et vrai de la garantie à « laquelle, dans toute autre position, celui-ci demeure « assujetti par les défauts de la chose vendue; que, si la « décision des experts, *juges volontaires et du choix* « *des parties*, à laquelle même l'acheteur a proposé au

« vendeur de s'en rapporter sans appel, n'a pas l'effet « d'affranchir le vendeur de la garantie ultérieure des « vices de la chose, on ne sait plus quelle vertu lui attri- « buer, et elle devient une vraie superfluité dans la con- « vention; que cependant, si les experts avaient jugé le « navire en mauvais état, tant que ce jugement eût sub- « sisté, le vendeur n'aurait eu aucun moyen juste de con- « traindre l'acheteur à accepter la livraison, ni à payer le « prix du navire; que l'art. 1643 du Code relève le ven- « deur de la garantie des vices cachés, quand il a stipulé « qu'il ne serait tenu d'aucune garantie; qu'il serait peut- « être permis de regarder comme équivalant à une sti- « pulation de ce genre, celle qui, de l'accord mutuel des « deux parties, défère à des experts le jugement de l'état « et de la bonté de la chose vendue; que, définitivement, « si cette considération n'était pas décisive, elle retien- « drait au moins toute sa force pour astreindre l'acheteur « qui se plaint, à l'extrême rigueur des preuves qui doi- « vent justifier sa réclamation, en sorte que le vendeur « soit manifestement convaincu d'avoir méchamment « trompé et fasciné tant les yeux de l'acheteur que ceux « des experts. »

A la lecture de ces motifs, on voit l'embarras du juge pour déterminer, en droit, l'objet de la convention d'expertise et l'effet de l'expertise. D'où provient cet embarras? De ce qu'on n'a pas fait ce qu'on doit toujours faire. Il fallait, avant tout, analyser le contrat afin d'en préciser le vrai caractère. Or, que voyons-nous? Un vendeur qui *promet de livrer son navire en bon état, et jugé tel par des experts.* L'achat était donc fait sous la condition suspensive : *si des experts jugent le navire en bon état.* En raisonnant ainsi, et c'est ainsi qu'on devait raisonner, la Cour n'aurait pas dit qu'*on ne savait quelle vertu attri-*

buer à l'expertise si elle n'a pas l'effet d'affranchir le vendeur de la garantie ultérieure des vices de la chose, et qu'elle devient, sans cela, une vraie superfluité. Dans le cas où les experts eussent déclaré le navire en mauvais état, il n'y aurait pas eu à se demander par quels moyens *le vendeur aurait pu contraindre l'acheteur à accepter la livraison et à payer le prix.* La condition n'ayant pas existé, ni, par conséquent, la vente, le vendeur et l'acheteur eussent été sans action, l'un et l'autre. Dans l'espèce, l'expertise avait purifié la vente; mais il ne s'ensuivait pas que le vendeur fût dégagé de son obligation de garantir.

Cependant la Cour semble décider en pur point de droit, que l'acheteur est mal fondé dans sa demande en garantie, *lorsqu'il a déclaré avoir parfaite connaissance de la chose vendue, et qu'il y a eu expertise contradictoire qui déclare le navire en bon état* (1). Cette proposition est doublement erronée: d'abord la déclaration d'*avoir parfaite connaissance*, etc., ne peut pas plus être entendue des vices cachés, que lorsque, après avoir acheté un navire avec la clause *vue en sus*, je déclare avoir *vu et agréé* ce navire ; cela est évident. En second lieu, l'exploration des experts peut, il est vrai, leur faire reconnaître des vices que n'apercevraient probablement pas les personnes étrangères à leur art. Mais il ne leur est pas donné de découvrir tous les vices cachés. Combien de navires déclarés en bon état par experts, et qui, tôt après, ont été condamnés comme innavigables pour des vices antérieurs au départ et à la visite !

Posons donc en principe que la convention de non-ga-

(1) Voilà en quels termes le point de droit est posé dans le recueil.

rantie ne peut avoir aucun équivalent, ni dans une expertise, ni dans tout autre fait antérieur à la délivrance. La raison du principe, c'est que, la garantie existant de plein droit, il faut, pour l'exclure, une stipulation contraire et expresse.

On aurait bien encore quelques inexactitudes en droit à relever dans le même arrêt. Nous en signalons une seule, vu sa gravité : il est inexact de dire que le *principe essentiel et vrai* de la garantie soit que l'acheteur *suive la foi du vendeur*. Si l'acheteur suivait la foi du vendeur, celui-ci ne répondrait plus que de son dol et de son fait, car, comme on l'a dit *suprà*, n° 134, il est licite de s'en rapporter à la foi d'autrui. Or, le vendeur répond de son ignorance (V. *suprà*, n° 182) ; d'ailleurs il implique contradiction qu'on suive la foi de quelqu'un sur un fait qu'il ignore. C'est donc précisément parce que l'acheteur ne suit pas la foi du vendeur, que le vendeur est tenu du vice qu'il ignorait lui-même.

212. — Outre l'exception prétendue péremptoire tirée de l'expertise, le vendeur proposait une fin de non-recevoir : il soutenait que la demande avait été formée hors temps, et la Cour répond : « Considérant que par l'article 1648 du Code civil aucun délai fatal n'est fixé, si ce « n'est que ce délai soit bref, suivant la nature de la vente « et l'usage des lieux où la vente a été faite; qu'à la vérité il serait difficile de prouver un usage bien établi « sur la durée des actions rédhibitoires en matière de « ventes de navires; que l'art. 293 de la coutume (de « Bretagne) accordait quinze jours pour ventes de chevaux, et six mois pour toute autre chose, etc. »

Or, le navire avait été cinq mois en mer, et dès qu'il fut de retour, assignation en justice, par conséquent avant

l'expiration des six mois. Mais la coutume de Bretagne ne s'était pas plus occupée des navires que le Code civil, et, si le navire avait tenu la mer pendant sept mois et même plus, il aurait été injuste de déclarer l'action prescrite, le vendeur du navire l'eût-il construit ; à plus forte raison dans le cas contraire. Sans doute la responsabilité du constructeur nautique ne doit pas rester indéfiniment engagée ; il y faut un terme. C'est ainsi que l'entrepreneur et l'architecte à prix fait ne répondent pas au delà de dix ans des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés (art. 1792 et 2270 C. civ.). Ce terme est évidemment trop long à l'égard des constructions maritimes. Mais, dès que la loi est silencieuse, elle s'en rapporte à l'équité du juge (art. 4 C. civ.), et nous pensons que l'action doit être reçue, pourvu qu'elle soit intentée au retour du voyage, et sans perte de temps : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

Toutefois, si, au cours du voyage, le capitaine a relâché après avoir découvert le vice, il doit le déclarer dans son consulat, et préciser l'époque de la découverte, laquelle doit être mentionnée sur le livre de bord. L'omission de ces formalités pourrait, en certaines circonstances, déterminer le juge à rejeter la demande.

213. — Au reste, on ne voit pas trop ce qui obligeait la Cour à tant insister sur l'expertise et sur la prescription, car elle termine en déclarant *qu'il n'est pas prouvé que les vices prétendus cachés eussent une existence antérieure à la vente, et que même il existe des présomptions graves, précises et concordantes pour attribuer à ces vices une autre cause et une autre origine.* Pourquoi ne pas s'en tenir à ce fait décisif, au lieu d'établir la doctrine louche et fausse que nous avons dû combattre, parce

qu'elle est de nature à induire en erreur? Lorsqu'une partie gagne le procès au fond par un point de fait, il est plus qu'inutile qu'une cour souveraine disserte sur les fins de non-recevoir que cette partie opposait à la demande; car, si ces fins de non-recevoir sont bien fondées, il faut les accueillir, et ne pas passer outre au jugement du fond. Quant aux exceptions auxquelles le juge ne s'arrête pas, il est souvent dangereux, dans le même cas, et toujours superflu, que l'arrêt s'en explique. Ce mode de prononcer a l'inconvénient de grossir, sans nécessité, les frais d'expédition. En outre, quand un juge a une opinion arrêtée sur le fond même en faveur de celui qui propose une exception ou une fin de non-recevoir, n'est-il pas à craindre qu'il n'apporte plus la même attention à des discussions en droit ou de forme qu'il peut regarder comme purement spéculatives? Et pourtant que de procès intentés ou soutenus sur la foi de *considérants* qui ne concluent pas (1)! On ne doit se fier qu'à ceux dont le dispositif est la conséquence. Quand la Cour de cassation trouve un moyen décisif pour rejeter un pourvoi, il est rare qu'elle s'explique sur les autres : le mieux, dans le cas proposé, est de dire, comme elle le dit fort souvent, *sans qu'il soit besoin d'examiner, etc.* (2).

(1) Le dispositif de l'arrêt est ainsi conçu : « Faisant droit sur « l'appel de Duval (*le vendeur*), dit bien appelé et mal jugé, et fai« sant ce que le tribunal aurait dû faire, déboute Martin, Laffite et « Comp. de toutes leurs demandes, fins et conclusions. »

(2) Dans le même cas, le parlement de Bretagne disait : *Sans s'arrêter*.. .. ou *sans qu'il soit besoin de s'arrêter* aux fins de non-recevoir, etc.

Ces deux locutions de palais avaient un sens très-différent : *sans s'arreter* signifiait que, si le juge eût prononcé sur la fin de non-recevoir, il l'eût écartée; *sans qu'il soit besoin de s'arrêter* signifiait tout le contraire.

214. — Quand nous avons dit *suprà*, n° 185, qu'en matière de rédhibition il n'est dû de dommages et intérêts que par le vendeur *de mauvaise foi*, nous ne l'avons dit que du vendeur de corps certains et déterminés, *v. g.*, telle mécanique, tel bateau à vapeur, tel navire à voiles, etc. Ces sortes de choses n'ayant pas un cours, on ne peut jamais savoir, avec certitude, si l'acheteur gagnerait ou perdrait à la revente. Il en est autrement dans l'achat de choses fongibles qui ont un cours, ou qui sont susceptibles d'avoir un cours. Alors, si l'acheteur souffre un préjudice, c'est-à-dire, si l'achat lui coûtait moins que la chose, telle qu'elle aurait dû être livrée, ne vaut le jour de la délivrance, et qu'elle ait un vice de nature à résoudre la vente, le vendeur doit des dommages-intérêts, sans égard à sa bonne foi; car, c'est manquer à livrer, c'est être en demeure de livrer, que de livrer une chose dont le vice est tel qu'il ne permettrait même pas de maintenir la vente sous réfaction du prix.

Mais, au lieu de résoudre le contrat avec dommages et intérêts, l'acheteur peut demander la rescision de la délivrance et l'exécution de la vente. C'est un droit que n'a pu lui enlever la tradition d'une chose rédhibitoire (1). De quelle manière sont réglés, dans ce cas, et se réalisent les prestations ou dommages-intérêts dus par le vendeur? (V. t. 4, n°s 46, 266, 273.)

215. — Ne perdons pas de vue le principe posé *suprà*, n° 181 : indépendamment de tout vice rédhibitoire pro-

(1) La Cour d'appel de Metz a pourtant jugé le contraire par un arrêt du 20 août 1827; mais à grand tort. V. la réfutation victorieuse que M. Duvergier fait de cet arrêt, t. 16, n° 109. V. aussi les notes du *Journal du Palais* sur ce même arrêt, et ce qui en est dit dans ce même recueil, 1846, t. 2.

prement dit, et dont la garantie est de droit, il y a lieu à la rédhibition et à la garantie chaque fois que la chose expédiée ou livrée n'est pas, en tous points, exactement conforme à la chose promise, sauf, en certains cas (V. *suprà*, n°s 136 et 199), la réfaction du prix. C'est ce que l'on appelle la *garantie des promesses* ou *garantie de fait*, par opposition à la garantie de droit. Nulle difficulté, quand la promesse est explicite et clairement exprimée. Mais souvent il est difficile de bien saisir le sens des promesses implicites; plus souvent encore, la différence qu'il faut mettre entre les paroles du vendeur pour vanter sa chose, et une affirmation obligatoire des qualités qu'il vante. Par exemple, dans l'espèce proposée *suprà*, n° 180, si vous eussiez dit à Jacques : *Je suis un médecin de campagne; il me faut un cheval qui se tire bien des ornières et des chemins de traverse*, et que Jacques vous eût répondu dans les termes dont il se servit spontanément et sans vous connaître, il y aurait lieu à la garantie.

216. — Enfin il est une autre rédhibition fort différente de celle dont nous venons de parler : c'est lorsqu'il est convenu que, si l'acheteur n'est pas content de la marchandise, la marchandise sera *rédhibée* dans un certain temps : *Si quid ità venierit, ut nisi placuerit, intrà præfinitum tempus* redhibeatur.... (L. 31, § 22, D., *De ædilit. edit.*). La rédhibition de cette espèce n'a ni l'alternative du *quanti minoris*, ni aucune autre. Il faut que la chose soit gardée dans l'état où elle se trouve et que le prix demeure immuable, ou qu'elle soit rendue en cet état et le prix entièrement restitué. La raison en est simple : c'est que, sans égard à sa qualité bonne ou mauvaise, son vice rédhibitoire et péremptoire est de ne pas convenir à celui qui l'a essayée. Par conséquent, toute modification

quant à la chose ou au prix constituerait un nouveau contrat qui n'aurait d'existence qu'à partir de la modification convenue.

Nous n'en dirons pas davantage. Il est amplement traité de la vente *à l'essai*, t. 4, nos 136 et suiv., et nous y avons dit pour qui la chose périt, *pendente conditione*, selon que les parties, en convenant de l'essai, ont entendu en faire une condition suspensive ou résolutoire. Quant à la détérioration survenue par un cas fortuit, elle est toujours pour le vendeur, soit que la chose reste *inempta*, la condition suspensive étant venue à défaillir, soit qu'il convienne à l'acheteur qui a stipulé l'essai comme condition résolutoire, de résoudre la vente, et de redemander le prix en remettant la chose.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Du payement du prix.

SOMMAIRE.

217. Rapprochement comparatif des obligations imposées à l'acheteur et au vendeur par la bonne foi et la nature du contrat; corrélation qui existe entre ces obligations diverses.

218. Signification spéciale, dans la langue du droit, des mots *payer* et *livrer* en matière de vente; leur corrélation.

219. Il ne suit pas du mot *payer* que le vendeur doive toujours recevoir de l'argent, ni même des valeurs réalisables en argent; indication de certains équivalents; le payement du prix en argent, ou son règlement en valeurs commerciales, est la pratique la plus ordinaire du commerce; d'où la nécessité d'envisager sous ce double rapport l'obligation de payer.

217. — En vertu de la bonne foi, et par la nature du contrat, il existe, entre les obligations de l'acheteur et les

obligations du vendeur une corrélation remarquable, fondée sur la justice commutative, laquelle exige l'égalité entre les parties dans les contrats synallagmatiques : *In omni contractu, hinc indè obligatorio, debet servari æqualitas, quià nisi æqua esset compensatio, mox injustitiæ suspicio occurreret* (Scacc., gl. 3, § 3, n° 50, et gl. 1, § 5, n° 41). Par exemple, si la bonne foi veut que le vendeur ne s'abstienne pas moins de toute affirmation téméraire que de toute supercherie, pour déterminer l'acheteur à acheter ou à acheter plus cher, elle défend à l'acheteur d'affirmer, touchant la chose, des imperfections ou des défauts qu'il ne lui connaît pas, bien plus encore d'user de mensonges et de manœuvres captieuses pour déterminer le vendeur à vendre, ou à vendre à plus bas prix ; *v. g.*, comme si je vous persuadais, contre la vérité qui m'est inconnue ou connue, que votre navire a essuyé, dans l'Inde où il navigue, une tempête qui lui a causé des avaries considérables (1).

Supposons une vente contractée sans crédit du prix et

(1) *Jure naturali*, le vendeur doit déclarer non-seulement les vices ou défauts rédhibitoires qui lui sont connus (sans cesser d'en répondre s'il ne les connaît pas), mais encore les *defectuosités*, les *imperfections* quelconques qu'il connaît, et qui sont de nature à déterminer l'acheteur, soit à ne pas acheter, soit à ne pas acheter si cher (V. Pothier, *Vente*, n° 237, où il réfute victorieusement l'erreur de saint Thomas qui enseigne le contraire). Réciproquement, quand le corps certain vendu est inconnu au vendeur, et connu de l'acheteur, celui-ci doit déclarer les bonnes qualités qu'il connaît à la chose, et qui pourraient faire que le vendeur ne voulût pas la vendre, ou ne voulût la vendre qu'à plus haut prix. Mais, ajoute Pothier, « cette obligation n'a lieu que dans le for de la conscience ; « dans le for extérieur, un vendeur ne serait pas écouté à se plaindre « que l'acheteur lui a dissimulé les connaissances qu'il avait de « son bien... La liberté du commerce serait gênée, et on n'oserait « contracter dans la crainte des procès, etc. »

Il faut en dire autant des imperfections et des défectuosités que le vendeur ne déclare pas, bien qu'il les connaisse.

sans terme de livraison : chacun des contractants est à la fois créancier et débiteur. Mais ils ne le sont que conditionnellement. Celui-là seul deviendra véritablement le créancier, qui offrira le premier de remplir son obligation, et fera, par cette offre, exister la condition suspensive d'où dépendait la nécessité pour l'autre d'exécuter la sienne ; et comme chacun d'eux peut prendre l'initiative, et que tous deux peuvent offrir simultanément, il y a parfaite égalité (V. t. 4, n° 37, *versùs fin.*).

Par exemple encore, aussi longtemps que la délivrance est à faire, le vendeur est tenu de garder et conserver la chose. Mais, si la chose non fongible est livrée et le prix non payé, ou que l'achat en soit fait sous quelque autre condition résolutoire, l'acheteur doit à la chose les mêmes soins de garde et de conservation.

D'un côté, la délivrance est aux frais du vendeur ; de l'autre, l'acheteur enlève à ses propres frais ;

Et, quand l'obligation de payer ne s'accomplit pas, le vendeur qui a livré ou qui offre de livrer peut, à son choix, demander la résolution de la vente ou son exécution, comme il est dit t. 4, n°s 284 et suiv. ; *vice versâ*, si le vendeur manque à délivrer, la même option appartient à l'acheteur qui a payé ou qui offre de payer le prix (V. même tome, n°s 46, 270, 278).

En un mot, chaque fois que l'équité naturelle, la nature du contrat, fait une obligation à l'un des contractants, elle impose à l'autre contractant une obligation correspondante, ou équivalente, parce que la justice commutative n'est rien autre chose qu'une exacte pondération des devoirs et des droits réciproques, *quatenùs patitur natura rerum* (1).

(1) *Autant que le permet la nature des choses* ; car, *per rerum natu-*

Cette équation des charges et des avantages ne peut être altérée ou modifiée que par la volonté commune: *Excepto*, dit Scaccia, *nisi aliqua justa causa quæ inæqualitatem excuset, interveniat*. Mais cette volonté conventionnelle ne la détruit pas, car telle promesse y déroge en apparence, qui trouve sa compensation volontaire, ou est censée la trouver, dans les stipulations du promettant.

Or, de même que l'obligation principale du vendeur est de livrer la chose achetée, ainsi la principale obligation de l'acheteur est de payer le prix convenu. Ces deux obligations, tellement corrélatives que l'une ne saurait exister sans l'autre, sont de l'essence du contrat; elles naissent en même temps que le contrat dont le but est leur exécution obligée, comme sa fin est le changement de propriétaire.

218. — Le mot *payement* est une expression générique. Il signifie, dans la langue du droit, la prestation du fait ou de la chose que l'on doit, *ejus quod debetur*, l'acquittement de l'obligation: *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit* (Ulp., L. 76, D., *De verb. signif.*). Mais, en matière de vente, le mot *payement* ne s'entend pas *lato sensu*. Sa signification est restreinte à la numération du prix ; son corrélatif est *livrer*, expression spéciale à la chose.

219. — Ce n'est pas que le vendeur, pour être vala-

rum, dans la vente pure d'un corps certain, il y aura toujours cette inégalité que, si la chose vient à périr, l'acheteur n'en devra pas moins le prix, et qu'il le devra encore, vînt-il à perdre tout ce qu'il possède, parce que le prix est, en général, un corps incertain, indéterminé (*genus*), qui ne périt pas.

blement payé, doive toujours recevoir de l'argent, ni même des valeurs réalisables en argent (espèces est le mot du commerce). Le payement peut être fait d'une manière équivalente, *v. g.*, par la passation du prix en compte courant (V. t. 3, n°s 315 et suiv., et t. 4, n° 44), par la compensation ou la novation (V. même tome, ce dernier numéro). Mais le payement du prix en espèces ou le règlement du prix en valeurs commerçables étant la pratique usuelle du commerce, c'est sous ce double rapport que l'obligation de l'acheteur doit être principalement considérée en cet endroit.

---

§ I.

DU PAYEMENT EN ESPÈCES.

SOMMAIRE.

220. 1° *De quelle manière on doit payer :* Pourquoi il n'est pas de l'essence de la vente que le prix soit payé en argent, mais seulement *convenu* en argent ; l'obligation de l'acheteur est de payer une quantité convenue d'espèces métalliques, et non telles ou telles espèces individuellement; conséquences.

221. Division tripartite du sujet tracée par les trois principales circonstances du payement ; mais, avant tout, nécessité de s'attacher à la convention, et, pour cela, de bien comprendre les termes dont les commerçants se servent dans leurs stipulations sur le prix.

222. Toute vente qui ne se fait pas *compté-comptant* est faite au *comptant* ou *à crédit ;* mais, alors même que la vente est au comptant, elle emporte toujours, pour le payement du prix, un délai quelconque, commandé par les convenances commerciales, quelle que soit la chose, ou déterminé par les usages locaux, à l'égard de certaines marchandises ; pourquoi, nonobstant ce délai, de telles ventes sont appelées ventes *au comptant;* différence, sous ce rapport, entre le nouveau et l'ancien droit ; quiconque achète à crédit, et pour les revendre, des den-

rées ou marchandises, doit les intérêts du prix, *ipso jure mercatorio*, à partir du jour de son achat, sauf au double cas d'une *vente à livrer*, ou d'un terme de livraison stipulé par le vendeur ; quand on vend à crédit, il est permis de vendre plus cher; pourquoi le surcroît du prix n'a rien que de juste; convention d'*escompte* au moyen de laquelle tout s'égalise entre l'acheteur et le vendeur; définition de l'escompte en général, c'est-à-dire celui par lequel je vous escompte votre créance sur un tiers; éléments dont se compose le prix de cet escompte; signification primitive des mots *change* et *agio*, et leur signification actuelle, en matière d'escompte (*in notis*); quand et comment l'escompteur peut pratiquer l'usure civile, ou l'usure correctionnelle dans l'escompte de cette espèce (*ibidem*); en fait d'achats et ventes, l'escompte est tout autre ; on en convient, tantôt dans l'intérêt de l'acheteur, tantôt dans l'intérêt du vendeur.

223. Dans quelles circonstances l'escompte est convenu au profit du vendeur; comment et pourquoi il le stipule; comment il est stipulé au profit de l'acheteur; principales stipulations par lesquelles celui-ci pratique l'usure dans ce genre d'escompte (*in notis*); en quelles circonstances il ne peut être poursuivi que civilement, ou doit l'être correctionnellement (*ibidem*); nécessité de s'exprimer clairement dans toute convention d'escompte.

224. Du cas où il n'est rien dit sur l'escompte dans une vente à crédit; l'acheteur y a droit, si tel est l'usage de la place, ou, à défaut, l'usage habituellement pratiqué entre les parties; il en serait de même au profit du vendeur, dans les mêmes circonstances ; s'il n'existe ni convention, ni usage de la place, ni habitude des contractants, permis à l'acheteur d'anticiper le payement, mais sans pouvoir exiger aucune bonification; *in rei veritate*, de l'acheteur au vendeur, *escompte* et *intérêt* sont une seule et même chose.

225. Nécessité de distinguer, quant au payement du prix, si le vendeur et l'acheteur résident ou ne résident pas au même lieu ; au premier cas, en général, on ne paye qu'en espèces, sans qu'il y ait à distinguer entre la vente au

comptant et la vente à crédit; *secùs*, dans le second cas, alors même que la vente est au comptant.

226. Mais, dans tous les cas possibles, si l'on est convenu d'un payement en espèces, l'acheteur ne peut payer qu'en espèces; s'il peut, à son choix, payer en or ou en argent; comment il doit payer quand les espèces courantes viennent à être démonétisées.

227. S'il est licite de convenir que le prix sera payé en espèces d'argent ou en espèces d'or, exclusivement.

228. Du cas où l'on est convenu d'un payement en monnaies étrangères; cette convention est licite; comment on la fait exécuter quand l'acheteur ne l'exécute pas volontairement.

229. Du pacte qui oblige l'acheteur à remettre sur Paris ou toute autre place, du papier *de tout repos*, ou bien à payer, partie en effets de commerce, partie en marchandise; arrêt du parlement de Douai sur ce dernier pacte.

230. Du cas où il n'a été rien convenu sur les espèces dans lesquelles il faut payer.

231. 2° *Du temps où l'on doit payer :* Du terme convenu pour le payement; il appartient entièrement au débiteur.

232. 3° *Du lieu où l'on doit payer :* Il ne peut pas plus être changé par l'acheteur que le lieu de la délivrance par le vendeur; ce que l'acheteur doit faire lorsqu'on est convenu que le payement s'effectuera en deux lieux, *v. g.*, à Rennes et à Guibray; quel est son droit s'il est dit qu'il payera à Rennes ou à Guibray; distinction à faire en ce cas, lorsqu'il est convenu que les remises se feront aux frais du créancier.

233. Du cas où aucun lieu de payement n'a été convenu; quand la vente est au comptant et sans terme, le payement doit se faire au temps et au lieu de la délivrance; si la vente est faite à crédit, ou que, depuis la vente au comptant, le vendeur ait implicitement accordé un terme, si court qu'il puisse être, le payement ne peut plus être exigé qu'au domicile de l'acheteur; résumé et règle générale.

234. Le lieu convenu pour le payement, ou déterminé par la

loi à défaut de convention, peut être changé postérieurement par un accord explicite ou implicite; contestations fréquentes résultant à ce sujet de la facture que le vendeur fait et remet payable à son domicile; espèces divers s; jurisprudence des Cours d'appel; arrêt de la Cour de cassation et conséquence qui en résulte; confusion faite entre la facture et le contrat.

220. — 1° Il n'est pas de l'essence de la vente que le prix soit compté en argent, car le payement est de l'exécution et non de la formation du contrat; mais il faut que le prix soit convenu en argent; sans cela, point de vente: *Non (enim) pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem* (L. 2, § 1, D., *De contrah. empt.*). En se reportant donc au temps de la convention, on voit que le prix consiste en une somme d'argent *in genere*, en une quantité d'espèces métalliques, et non en telles ou telles espèces *in individuo*. L'acheteur doit une quantité, mais rien d'individualisé. Par conséquent, eût-il destiné telle somme au payement de son achat; l'eût-il même expédiée au vendeur avec avis, cette somme est à ses risques jusqu'à l'encaissement, ou la numération effective. La raison en est évidente. L'obligation de l'acheteur étant celle d'une chose promise *in genere*, et le genre ne périssant pas, il ne peut être libéré par la perte de cette chose, puisqu'il ne devait pas moins des espèces qui subsistent que les espèce qui ont péri. C'est encore là un effet de la réciprocité des obligations. Le vendeur d'une chose incertaine répond de la perte jusqu'à la délivrance; à son tour, débiteur d'une somme promise *in genere*, l'acheteur répond de la perte, tant que la numération n'est pas faite.

221. — De quelle manière, en quel temps, en quel lieu l'acheteur est-il tenu de payer? Ces trois principales

circonstances de son obligation principale embrassent tout ce que nous avons à dire sur le payement du prix : *Sunt enim hæc circumstantiæ in omni præstatione rei debitæ : tempus præstandi, præstandi locus, et quantitas præstationis* (Don., lib. 16, cap. 9, n° 4, *De solut.*).

Avant toutes choses, la volonté des parties, car, dans le commerce surtout, il n'est pas de loi au-dessus de la convention (V. t. 4, n° 9) : *Conventio dat legem contractui.* Le prix doit donc être payé de la manière, au jour et au lieu convenus. Mais, comme on l'a vu *suprà*, n°s 145 et suiv., les conventions commerciales se font presque toujours en termes laconiques et consacrés, dont il faut bien comprendre la signification usuelle : *Verba mercatorum intelligi debent in sensu, quo ipsi ea intelligunt* (Casareg., Disc. 148, n° 17). L'épargne du temps n'est pas le seul effet de ces locutions mercantiles. Elles préviennent des procès sans nombre qui naîtraient de la rédaction incorrecte ou incomplète des pactes qu'elles expriment.

222. — Lorsqu'on ne traite pas *compté-comptant* (V. t. 4, n° 44), il n'est pas de vente qui ne se fasse au comptant, ou ne soit fait à terme, c'est-à-dire à crédit. Mais, alors même que la vente est au comptant, elle implique toujours, de la part du vendeur, la concession d'un délai quelconque qui, à parler commercialement, n'est pas réputé un délai de crédit : *Hæc dilatio* (dit Scaccia, § 2, Glos. 5, n° 4), *non dicitur dilatio, sicut neque levis febricula non dicitur febris, et vulnusculum non dicitur vulnus, et similia.*

Tantôt ce léger délai n'a pas d'autre motif que les convenances, les égards réciproques que l'on se doit entre commerçants, et principalement dans le haut commerce :

Creditor (dit encore Scaccia, *ibid.*, n° 9) *non debet venire cum sacco parato.* A la vérité, notre auteur parle ici de la lettre de change, et, sous ce rapport, *jure novo*, tous délais de convenance ou d'usage sont abolis (art. 135 C. comm.); l'échéance est de rigueur. Mais le principe existait aussi de son temps, et il existe encore en fait d'achats et ventes. Il existe si bien que, par un jugement du 31 juillet 1829 (*Mars.*, t. 18, 1, 324), le tribunal consulaire de Marseille en a fait l'application à l'espèce d'un commissionnaire vendeur au comptant pour compte, que le commettant prétendait rendre responsable de l'insolvabilité de l'acheteur, inopinément survenue trois ou quatre jours après celui où le payement du prix était rigoureusement dû. « Ce léger retard (porte le jugement), « autorisé par *les usages du commerce et les convenances* « *que l'on se doit entre commerçants*, ne saurait constituer une une faute (1). »

Tantôt le délai du comptant est déterminé par des usages locaux, pour certaines marchandises; il n'y a point de place qui n'ait de tels usages. Par exemple, si vous m'avez vendu et livré à Rennes 1,200 mètres de telle toile, et

(1) Dans cette espèce la marchandise était payable comptant *après la livraison*, auquel cas, suivant l'usage du commerce, le payement n'a ordinairement lieu qu'après la vérification de la marchandise, le règlement de la tare et la présentation de la facture. Or, la facture présentée, le prix est exigible *stricto jure*, et l'acheteur cessa ses payements trois ou quatre jours après.

Originairement le mot *tare* signifiait un défaut de la marchandise dans sa qualité. On l'applique, par extension, à un déchet ou à une diminution sur la quantité. C'est en ce sens que l'on dit que, sur une barrique de sucre, une caisse d'indigo, un suron de quinquina, etc., de tant de kilogrammes, il y a tant de kilogrammes de tare, à raison du poids de la barrique, de la caisse, de l'emballage, cordes, etc., lesquels diminuent d'autant la quantité réelle, et l'acheteur en fait la déduction à son profit.

à Quintin (Côtes-du-Nord), 1,200 autres mètres, je vous suis débiteur, sans doute, car c'est être débiteur que d'avoir à payer sous un certain temps; mais, à moins que la convention ne déroge à l'usage, je ne suis tenu de payer qu'au bout d'un mois pour mon achat de Rennes, de deux mois pour mon achat de Quintin, et, les payements effectués, vous serez censé avoir reçu du comptant immédiatement après la vente. Or, ce que l'usage a introduit à l'égard de certaines marchandises, la convention peut l'établir à l'égard de toutes indistinctement.

Maintenant, pourquoi ces ventes *au comptant* dont le prix ne peut être exigé *confestim*, et qui semblent en contradiction évidente avec le plus ou le moins de délai concédé par la convention, l'usage ou les convenances?

Jure veteri, une grande prérogative était attachée à la vente au comptant : « Chose vendue sans jour et sans « terme (nous dit Rogue, t. 2, p. 33), on peut la pour- « suivre partout où on la trouve, même ès mains d'un tiers, « par préférence aux créanciers; art. 176 et 177 de la « Coutume de Paris, etc..... » On retrouve la trace de ce droit dans le n° 4 de l'art. 2102 du Code civil. Mais il est entièrement aboli en matière de faillite par l'art. 550 du Code de commerce, nouvelle loi (V. tome 6ᵉ, *De la faillite en matière de ventes et achats*). L'effet commercial de la vente dite *au comptant*, quoique le prix ne soit pas encore *compté*, se concentre donc aujourd'hui entre les seuls contractants, et tout ce qui en résulte, c'est que l'acheteur ne doit pas les intérêts du prix pour le nombre de jours ou de mois que le délai comporte. Il y a plus : dans le cas même où l'achat est contracté à plus long terme que le délai d'usage, les jours ou les mois compris dans ce délai n'en demeurent pas moins exempts de tous intérêts, sauf toujours, bien entendu, convention con-

traire. Par conséquent, si j'ai acheté vos toiles, payables dans trois mois, l'intérêt de deux mois vous est dû pour la vente de Rennes, et d'un mois seulement pour la vente de Quintin.

Mais cet intérêt est dû, comme en tout autre achat marchand, sans qu'il soit besoin de stipulation. Nous l'avions déjà dit, et M. Pardessus l'enseignait avant nous (V. son t. 3, n° 389). La raison qu'il en donne, c'est que la chose (*même fongible*) étant toujours entre les mains de l'acheteur *un moyen de se procurer des bénéfices par la revente, on ne distingue pas, dans le droit commercial, entre les choses qui produisent* des fruits ou autres revenus, *et celles qui n'en produisent pas;* ce qui signifie bien que l'art. 1652 du Code civil, qui érige en loi cette distinction, ne gouverne pas l'achat du commerçant. Selon le savant professeur, les intérêts sont dus par cela seul que l'acheteur peut gagner en revendant. Ainsi, que vous m'ayez vendu à crédit votre navire ou vos cafés, les intérêts du prix vous sont acquis, *ipso jure mercatorio*, à partir de la vente jusqu'au payement du capital.

M. Massé (t. 4, n° 262) reconnaît également que, dans la vente à crédit, les intérêts du prix courent de plein droit. Toutefois, comme il lui paraît sans difficulté de mettre sur la même ligne le gain que l'acheteur pourra faire, et les *fruits ou revenus*, ce n'est point, à son sens, par quelque exception à l'art. 1652 du Code civil que les intérêts sont dus; c'est par application de cet article lui-même (1).

Mais M. Vincens (t. 2, p. 88, n° 12) donne à la même loi une tout autre interprétation qui le conduit à la consé-

(1) Avec une traduction aussi libre de chaque disposition du Code civil, il est certain que ce Code peut suffire à tout.

quence inverse de celle qu'en tire M. Massé : *L'acheteur ne doit les intérêts du prix que lorsqu'il en a été ainsi convenu*. Pourquoi? Parce que le Code de commerce n'ayant rien dit, sur la vente commerciale, de contraire au Code civil, il faut bien se résigner, faute de mieux, à lui appliquer les règles du Code civil (1).

Comment se fait-il que des auteurs aussi distingués par leur grand savoir que recommandables par leur grande expérience, ne s'entendent pas sur une question si importante et à la fois si simple? C'est que, plus ou moins persuadés l'un et l'autre, mais chacun à son point de vue, qu'il faut que tout soit régi par quelque loi écrite, ils ne tiennent, pour ainsi dire, aucun compte de l'intérêt du commerce et des usages révélateurs de ce même intérêt. Ainsi, par exemple, selon M. Massé (*ibid.* n° 398), *personne ne peut être forcé de connaître l'usage* (2).

Il doit être évident pour tous que les intérêts du prix ne sont pas dus en vertu de l'art. 1652 du Code civil, qui les dénie en toutes lettres. Ici M. Vincens a mille fois raison, et, dans son erreur, il est du moins très-conséquent ; car, quoi qu'en dise M. Massé, il n'y a point de parité entre *des fruits ou revenus*, et les profits espérés d'une revente à laquelle un marchand peut aussi bien perdre que gagner, puisque le cours, qui n'est pas en son pouvoir, peut aussi bien venir en baisse qu'en hausse. Voilà pourquoi *n'est pas marchand, qui toujours gagne.*

(1) V. la réfutation de cette erreur, t. 4, n°s 10 et 12.

(2) Heureusement personne ne peut-il être forcé non plus de tenir pour vraie cette étrange proposition avancée à propos du *retirement*. Car, si personne ne peut être forcé de connaître l'usage relatif au retirement dans le lieu où il traite, il n'est pas de motif pour qu'il puisse être forcé de connaître les autres usages, et les voilà tous englobés dans la même abolition !

Ces intérêts ne sont pas dus davantage en vertu du Code de commerce, qui n'en parle point.

En vertu de quoi sont-ils donc dus *ipso jure?* En vertu de l'usage, fidèle interprète de l'intérêt du commerce : *Favore publici commercii ; ex usu et consuetudine mercatorum.* Il n'est pas une place de quelque importance où l'on voulût admettre la doctrine de M. Vincens. D'une part, les achats et ventes se traitent fréquemment de vive voix, et, alors même qu'on les traite par écrit, c'est presque toujours brièvement et avec une rapidité, favorable, il est vrai, à la multiplication des affaires, mais de nature à entraîner l'omission de certains détails, de certains pactes accessoires, et l'on obvie à cet inconvénient par une soumission tacite à l'usage. D'un autre côté, la présomption n'est assurément pas qu'un marchand veuille faire crédit gratuitement. Qui voudrait, en effet, livrer ses marchandises à terme de trois, six et neuf mois, ou plus, sans aucune indemnité de la privation du prix, lequel est dû dès que la chose est livrée? Il faut donc, s'il n'est rien dit des intérêts, que les intérêts soient dus de plein droit. Ainsi le veulent l'intérêt du commerce et l'usage. Sans cela, point de crédit, et, sans le crédit, point de commerce (V. t. 4, n° 13).

Il est même indifférent que la délivrance soit faite ou à faire, pourvu que le vendeur possède la chose, et qu'il n'ait pas stipulé un terme de livraison; en un mot, s'il n'a dépendu que de l'acheteur, ou s'il ne tient qu'à lui de se livrer, *ubi primùm voluerit.* En effet, tenu de garder et conserver la marchandise, le vendeur en aura la charge sans aucun profit possible; l'acheteur peut seul la revendre; il peut donc seul y bénéficier, et, de plus, il aura le prix, jusqu'au terme. Or, cela suffit bien pour qu'il en doive l'intérêt, en vente commerciale.

Secùs si l'on a vendu *à livrer*, ou pris un délai pour livrer. Le vendeur ne saurait prétendre à l'intérêt du prix de la chose qui ne lui coûte encore rien, puisqu'il ne l'a pas, ni de la chose qu'il ne lui a pas convenu de livrer avant un certain temps. L'intérêt ne lui sera donc dû que du jour de la délivrance.

Ainsi, quelle que soit la chose déjà livrée ou livrable à la volonté de l'acheteur, productive ou improductive de fruits, les intérêts du prix sont dus sans stipulation, pour tout le temps en dehors du délai pendant lequel la vente serait, d'après l'usage ou la convention, réputée faite au comptant.

Mais ce n'est là qu'une fiction. Dans la réalité, cette vente est faite à crédit pour tout le temps à s'écouler depuis le jour du contrat jusqu'à l'expiration du terme contractuel. En supposant donc ce terme de trois mois, trente jours pour le délai d'usage, et l'intérêt à 1/2 p. 100 par mois, c'est comme si l'on avait vendu à crédit moyennant un intérêt de 4 1/2 p. 100 par an.

En outre, quand on vend à crédit on vend ordinairement plus cher, et on le peut dans le for de la conscience. La raison en est sensible : d'abord, l'intérêt du prix n'est pas, pour le vendeur, un profit fait sur la chose : c'est la stricte indemnité de la privation d'un capital qui lui appartient, et dont un autre a la jouissance. En second lieu, employé dans son commerce, ce capital pourrait lui rapporter, et lui rapporterait probablement au delà de l'inrêt légal. Enfin, qui vend à crédit s'expose toujours, plus ou moins, à voir son acheteur devenir insolvable ; car, quelque confiance que celui-ci puisse inspirer, il n'est pas à l'abri d'un revers de fortune ; et d'ailleurs, tel commerçant peut paraître riche qui est pauvre ; cela n'est pas nouveau : *Mercatores interdùm videntur divites*,

licèt reverà sint pauperes (Casareg., Disc. 76, n° 7). Le vendeur à crédit peut donc, vu les risques qu'il court, et le capital dont son commerce ne profite plus, augmenter le prix de sa chose, sans blesser en rien la justice commutative. Mais il ne peut, en conscience, l'augmenter outre mesure. Scaccia pose à cet égard une règle fort sage : Si vous vendez à crédit, voulez-vous savoir, dit ce jurisconsulte, quand il vous est permis de vendre plus cher ? c'est lorsque vous aimeriez mieux vendre à moindre prix compté comptant : *Potest tutâ conscientiâ vendere cariori pretio, qui verè mallet minori vendere, pecuniâ præsenti et numeratâ* (§ 1, quæst. 7, p. 1, n° 77).

De son côté, l'acheteur qui ne peut, ou à qui il ne convient pas de payer actuellement, sera peut-être en mesure de payer avant terme. Il pourra, par ce moyen, diminuer le surcroît de prix qui lui est imposé, et arrêter le cours des intérêts. De là l'*escompte*, contre-poids ingénieux au moyen duquel tout reprend l'équilibre (V. *suprà*, n° 219).

En général, dans le commerce, le mot *escompte* signifie une négociation par laquelle l'un des contractants fait à l'autre contractant, créancier d'un tiers, débiteur à terme, le payement anticipé de sa créance, moyennant une diminution convenue au profit de l'escompteur, sur le capital de cette créance qui devient sa propriété, valeur intégrale.

L'élément de cette diminution est multiple :

Par exemple, si je veux faire escompter à Rennes par Jacques, dans le courant d'avril, une lettre de change, un billet à ordre, une facture acceptée, ou taut autre papier de crédit que je porte sur Salomon, de Marseille, et dont l'échance est au 1er septembre, j'aurai à m'entendre avec Jacques sur deux choses : son droit d'agio, et son droit de commission.

L'*agio*, c'est l'intérêt de l'argent qu'il mettra dehors. Il est juste que je l'indemnise de la privation temporaire de cet argent qui probablement lui produirait des profits;

J'aurai à l'indemniser, en outre (et rien de plus juste encore), de ses peines et soins, ainsi que des frais de correspondance et autres qu'il sera tenu de faire pour recouvrer l'effet;

Plus, des frais d'encaissement par un intermédiaire ou correspondant qu'il lui faudra salarier;

Enfin, des risques auxquels il s'expose pour le cas où Salomon ne pourrait, ou ne voudrait pas payer; car, prendre à escompte, c'est répondre, même envers le cédant, du défaut de protêt ou de la nullité du protêt, et du défaut de poursuites ou de la nullité des poursuites contre le tireur et contre les endosseurs.

Cette triple indemnité, nommée, en style de commerce, *commission ou change* (1), est ce qui, joint à l'*agio* (2),

(1) Dans sa véritable acception, le mot change ne devrait s'appliquer qu'à l'opération par laquelle on échange de l'argent compté dans un lieu contre de l'argent à recevoir dans un autre : *Cambium nihil aliud est quàm solutio pecuniæ in loco pro alibi habendà* (Casareg., Disc. 196, nº 12). Cependant, en matière d'escompte, on s'en sert comme d'un synonyme de commission. Mais c'est très-improprement; car la loi ne limite pas le taux conventionnel de la *commission*, tandis que le seul profit honnête de l'argent avancé par *escompte*, c'est l'intérêt légal, ou moindre, autrement dit *agio*.

(2) Ce dernier mot a lui-même été détourné de sa signification primitive. Il vient de l'italien *aggiungere* ou *accrescere*, ajouter, et n'exprimait originairement que la différence de la monnaie courante ou de caisse à la monnaie de banque, dans les lieux où il existe une banque publique. Or, cette monnaie, laquelle consiste en un crédit sur la banque, vaut toujours un peu plus que la monnaie réelle, et ce surplus, c'est l'ajouté, l'*agio*. Aujourd'hui on dit *agio* pour exprimer la différence du capital au capital et intérêts. Cette extension n'est pas très-récente; mais elle devint générale en France

constitue le prix de l'escompte ; et l'escompte lui-même est, comme on le voit, un pacte aléatoire sur les indemnités dues à l'escompteur.

Il n'est point de créance à terme, quelle qu'en soit la nature ou la cause, qui ne puisse être ainsi escomptée, alors même que la dette est payable au lieu de l'escompte. A la vérité, dans ce dernier cas, point de frais d'encaissement, ni de frais de correspondance. Mais les peines et soins, et certains risques restent toujours comme éléments d'une composition à forfait (1).

Dans cette négociation, laquelle est des plus fréquentes, surtout chez les banquiers, l'escompteur est un tiers personnellement étranger à l'obligation qu'il escompte.

Mais il peut aussi être convenu très-valablement que le

du temps que l'argent était marchandise, et qu'aucune loi ne limitait le taux de l'intérêt conventionnel. Alors, le mot *intérêt* n'ayant plus sous ce rapport de signification légale, il fallut le remplacer par un autre, et l'on appela *agio* les intérêts exorbitants dont l'usage s'était introduit. Le commerce devrait bien supprimer cette expression, tout au moins inutile en matière d'escompte, et d'où dérive le mot *agioteur* qui, à lui seul, est une injure.

(1) *Pacte aléatoire, composition à forfait*, disons-nous, et tel est bien le caractère de l'escompte dont il s'agit ici. C'est pourquoi, quelque excessif qu'on le suppose, il ne peut jamais être qualifié d'*usure*, sauf en un seul cas, celui où l'on aurait la preuve, *v. g.*, dans un bordereau d'escompte, que l'escompteur a retenu un agio ou intérêt prohibé. Mais il se gardera bien de commettre cette maladresse. L'agio est toujours porté, soit au-dessous du taux légal, si telle est la convention, soit tout au plus au taux légal. Le reste du prix de l'escompte est compris ou censé compris dans la composition à forfait.

Mais il appartient aux tribunaux de voir si l'on n'a pas simulé un contrat d'escompte pour masquer un prêt usuraire. Dans ce cas, le prétendu escompteur doit être civilement condamné à la restitution du trop perçu (art 1er de la loi du 3 septembre 1807), et poursuivi correctionnellement, s'il y a, de sa part, habitude (même loi, art. 3).

débiteur aura la faculté, ou qu'il sera tenu de faire escompter sa propre dette chez son propre créancier. Cette convention est tout autre. Dans la première, l'escompte est toujours convenu en faveur de l'escompteur ; dans la seconde, tantôt il est stipulé par l'un des contractants, tantôt par l'autre.

223. — Et, par application du principe à notre spécialité, la convention d'escompte est faite au profit du vendeur, lorsqu'un terme de payement n'est convenu qu'à la condition que l'acheteur fera escompter pour autant de jours ou de mois que le terme en comprend, ce qui signifie que le vendeur entend être payé comptant, mais qu'il diminuera tant pour cent sur le prix, à raison du nombre de mois ou de jours.

Le vendeur stipule ainsi, ou parce qu'il a besoin d'argent, ou parce que l'acheteur ne lui inspire pas une entière confiance.

La convention se fait au profit de l'acheteur, lorsqu'il est dit qu'il sera à son choix de jouir du terme, ou de payer plus tôt, en retenant l'escompte (1).

(1) L'acheteur pratique l'usure par cette négociation, lorsqu'il porte l'escompte à un taux plus élevé que celui de 6 p. 100 par an, en vente commerciale, car il n'est ici ni peines et soins, ni frais, ni risques d'aucune espèce. L'élément unique de l'escompte, ce sont les intérêts, *interusurium*, *usuræ medii temporis*, qui ne sont pas moins régis par la loi de 1807 que les intérêts *temporis futuri*.

Cette usure peut se pratiquer principalement en retenant un intérêt extrà-légal, ou en stipulant un terme exorbitant. En effet, l'acheteur étant libre de payer sur-le-champ, stipuler un intérêt de 12 p. 100 pour un an, ou de 6 p. 100 (par an) pour deux ans, c'est toujours la même usure, et l'excédant doit être restitué.

Lorsqu'il existe habitude, doit-on appliquer la loi correctionnelle? Il faut encore distinguer : Si l'achat est sincère, la loi civile est seule applicable, quelle que soit l'extorsion ; car, quoi qu'en dise

Il est donc essentiel de s'expliquer clairement afin que l'obscurité ou l'ambiguïté de l'expression ne donne aucun prétexte, à l'un de prétendre à un crédit qu'on n'a pas voulu lui faire, à l'autre, d'exiger du comptant, quand il a voulu faire crédit.

224. — Si, dans une vente à crédit, il n'est rien dit sur l'escompte, l'acheteur y aura-t-il droit? Il faut distinguer :

Ou l'usage constant de la place est d'admettre l'escompte à un taux déterminé, ou il n'y existe aucun usage à cet égard.

Au premier cas, c'est comme s'il y avait eu convention d'escompte, puisque l'usage en tient lieu, non-seulement l'usage de la place, mais, à défaut, un usage pratiqué

M. Chardon (t. 3, n° 489), une convention ne peut être à la fois un contrat de vente et un contrat de prêt, et l'on ne saurait admettre avec l'auteur, surtout en matière pénale, qu'un vendeur emprunte, même indirectement, en recevant, sous escompte, le prix de la vente. Ce serait emprunter son propre argent, et sans obligation de rendre, ce qui répugne, en tout point, à l'essence du contrat de prêt. Telle est, au surplus, la jurisprudence bien fixée de la Cour suprême (V. deux arrêts de cassation des 8 avril et 26 août 1825, Sirey, 25, 1, 358, 360. Il y a même aussi un arrêt de rejet, du 8 février 1828; voyez-le à sa date dans le *Journal du Palais*).

Si l'achat est simulé pour déguiser un prêt usuraire, et qu'il y ait habitude, l'usurier doit être puni correctionnellement, sans préjudice des réparations civiles. Sa négociation est alors d'une parfaite analogie avec le contrat *mohatra*, convention abominable, par laquelle (dit Pothier, *Vente*, n° 38) « vous me vendez à crédit une « chose que je revends au comptant incontinent ou très-peu après à « vous-même, ou à une personne par vous interposée, pour une « somme moindre que le prix pour lequel vous me l'avez vendue, « dont je reste envers vous débiteur.

Au reste, M. Chardon (*ubi suprà*) énonce une grande vérité : « Légal et modéré, l'escompte est un des plus grands ressorts du com- « merce ; excessif, il en est le fléau. »

privativement entre l'acheteur et le vendeur. Si donc telles ont été leurs relations précédentes que, dans des ventes de même nature et de choses pareilles, l'acheteur ait, sans aucun pacte, joui d'un escompte, le vendeur ne peut s'y refuser; il serait condamné par son propre fait, *ex solitis et receptis usu*. Il en serait de même au profit du vendeur si l'habitude de l'acheteur était de payer comptant sous la retenue de l'escompte.

Dans le second cas (celui où il n'existe sur l'escompte ni convention, ni usage public ou privé), l'acheteur peut payer, s'il le veut, avant terme. De cette manière, il mettra fin aux intérêts, s'il ne résulte pas du contrat un placement du prix à intérêt, convention fort rare dans le commerce. Mais il ne peut forcer le vendeur à souffrir une diminution sur le prix. En effet, comment, à défaut d'un usage, déterminer le taux d'un escompte dont on n'est pas convenu, et préciser le temps auquel répondrait l'intérêt?

Car, encore une fois, de l'acheteur au vendeur, l'escompte n'est pas autre chose qu'un intérêt.

225. — Pour savoir comment on doit payer, il est essentiel de distinguer si les contractants ont ou n'ont pas la même résidence.

L'acheteur et le vendeur résident-ils au même lieu, alors, à moins qu'ils n'en soient autrement convenus, le prix doit être payé manuellement, et toujours en argent (*espèces*, avons-nous dit, est le mot du commerce, par opposition aux papiers de crédit). Dans cette hypothèse, nulle différence entre la vente au comptant et la vente à crédit.

Si les parties ont une résidence différente, et qu'on ait traité au comptant, sans rien dire de plus, le payement au

comptant s'opère par des lettres de change à vue ou à courts jours que l'acheteur remet au vendeur, ou que celui-ci tire sur l'autre.

226. — Mais, dans toutes les hypothèses possibles, si l'on est convenu d'un payement en espèces, on ne peut remettre au vendeur ni des effets à vue, fussent-ils de tout repos, ni même des billets de banque (1). Il faut qu'on lui compte, ou qu'on lui fasse compter des espèces. Libre toutefois à l'acheteur, du moins quand la convention s'exécute en France, de compter, à son choix, des espèces d'or ou d'argent, parce que ces espèces ont dans l'empire un cours légal et égal.

Si, dans le temps qui s'écoule entre le jour du contrat et le jour du payement, les espèces courantes sont démonétisées, le débiteur doit payer sur le pied de leur valeur au jour de l'obligation contractée. Casaregis nous en donne la raison : c'est que les anciennes espèces se trouvant réduites à l'état de monnaies de compte, leur valeur ne peut plus augmenter ni diminuer : *Eâ vivâ ratione quià moneta quæ ampliùs non existit, efficitur imaginaria, incapax augmenti et decrementi, et propterèa ejus valor non potest confirmari nisi de tempore obligationis* (Disc. 220, n° 29).

227. — Serait-il permis de convenir que le prix ne sera payé qu'en espèces d'or ou qu'en espèces d'argent? Une telle convention nous paraît illicite. La loi qui règle le cours des monnaies est éminemment une loi d'ordre public. Du moment donc qu'elle donne le même cours aux

(1) Avis du conseil d'Etat, 13-30 frimaire an XIV. — V. pourtant *infrà*, n° 230.

monnaies d'or et aux monnaies d'argent, ce serait y contrevenir que de stipuler le payement en l'une de ces monnaies exclusivement à l'autre. Il sera donc à l'option du débiteur, nonobstant la convention, de se libérer en or ou en argent.

228. — *Secùs* quand le payement doit être fait en monnaies étrangères. Alors, plus de motif pour infirmer la convention. La loi française ne réglant pas le cours de ces monnaies, le prix doit être payé dans les espèces convenues ; c'est le cas de dire avec le jurisconsulte Paul : *Debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex eâ re damnum aliquod passurus sit* (L. 99, D., *De solution.*).

Mais quel moyen d'y contraindre l'acheteur ? Nul autre que de le faire condamner au payement de la somme que coûtera l'achat de la quantité de monnaies étrangères convenues. Ainsi, en définitive, l'acheteur paye le prix en monnaies françaises, et le vendeur le reçoit en monnaies étrangères.

229. — Votre obligation est de me remettre sur Paris telle partie du prix, et sur Bordeaux telle autre, en papiers de toute sûreté. Je ne puis être contraint à recevoir des écus, et, faute par vous d'exécuter la convention, le juge m'autorisera à acheter sur place, à vos risques et périls, les remises dans lesquelles vous auriez dû me payer. Vous m'offrez du papier sur les villes indiquées ; cela ne suffit pas ; il a été convenu que les effets seraient solides. Il me faut donc des effets sur des négociants d'une solvabilité notoire. En cas de contestation sur ce point, *apud judicem examinabitur.*

En un mot, on doit pouvoir dire du payement, corré-

latif de la délivrance, ce que l'on a dit de la délivrance elle-même : In solutionibus pretii *quodcumque pactum sit, id valere manifestum est.*

L'espèce suivante s'est présentée autrefois, et a été résolue conformément à ce principe par le parlement de Douai. Delcourt avait vendu à Daniaux, teinturier, une certaine quantité d'indigo, pour 4,756 florins, payables moitié en lettres de change, moitié en teinture. Les lettres de change furent données et payées; l'acheteur paya, en outre, 500 florins en teinture. Le vendeur quitta le commerce, et, n'ayant plus d'étoffes à faire teindre, il prétendit devoir être payé en argent. Mais qu'importait à l'acheteur que le vendeur ne fît plus le commerce? celui-ci ne pouvait-il pas traiter avec un autre négociant qui donnât des étoffes à teindre? D'ailleurs, n'y avait-il pas convention portant que partie du payement se ferait en teinture? Or, il ne pouvait dépendre de la seule volonté du vendeur de modifier un engagement sans lequel l'acheteur n'eût peut-être pas acheté, ou eût acheté moins cher. La loi du contrat devait donc être exécutée telle que les parties l'avaient faite, et le parlement en ordonna l'exécution (V. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Payement*).

230. — Si la convention est muette sur le mode de payement, il doit se faire en la monnaie courante du lieu où le prix est payable. L'usage de ce lieu fait convention : *In contractam tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.* Si donc le cours régulier de la place est de payer en billets de banque, un tel payement ne peut être refusé.

231. — 2° Comme on peut convenir du mode, on peut convenir du temps. L'acheteur doit donc au jour fixé;

mais il ne doit que ce jour entièrement expiré. Jusqu'au dernier instant, le terme appartient au débiteur. Ce n'est, en effet, que par l'expiration de ce dernier instant qu'on a la certitude qu'il ne satisfait pas à son obligation.

En général, le terme de la livraison est apposé dans l'intérêt du vendeur, et cela parce qu'il doit, à moins qu'il ne résulte de la convention que l'acheteur a stipulé ce terme à son profit. Réciproquement, l'acheteur, parce qu'il doit, profite du terme du payement, s'il ne résulte pas de la convention que ce terme est au profit du vendeur (V. *sup.*, n° 221).

Ainsi se résout la question de savoir si l'acheteur peut hâter le terme et contraindre le vendeur à recevoir. Quand la convention est silencieuse, le terme est présumé en faveur de l'acheteur ; il peut donc le devancer ; car on peut toujours renoncer à une faveur : *Juri in favorem suum introducto.* Mais résulte-t-il implicitement de la convention que le terme est au profit du vendeur, il y a tout à la fois vente et placement momentané du prix de la vente. L'acheteur ne peut payer avant l'expiration du terme.

Dans le second cas, libre à l'acheteur de payer avant terme, si telle est sa volonté ; mais, on l'a déja dit, il ne peut forcer le vendeur à le bonifier d'un escompte (V. *suprà*, n° 224).

232. — 3° Si l'acheteur doit payer au jour convenu, il doit aussi payer au lieu désigné par la convention ; il ne peut pas plus changer ce lieu, que le vendeur celui de la délivrance.

Si je promets de payer à Guibray ce que vous me vendez à Rennes, je ne puis payer qu'à Guibray.

L'accord des parties a-t-il réglé que le payement se ferait à Rennes et à Guibray, dès que la convention n'ex-

prime pas la quotité payable dans chacune de ces places, il faut payer moitié dans l'une, et moitié dans l'autre.

S'il est dit que c'est à Rennes ou à Guibray, le choix appartient au débiteur.

Quand la convention indique avec alternative plusieurs lieux, *v. g.*, Nantes, Paris, le Havre, que faut-il décider ?

Le sens est que l'acheteur aux frais de qui le payement doit se faire, a la faculté de remettre sur celle des trois places qu'il voudra.

Mais, si l'on est convenu que la remise aura lieu aux frais du créancier (ce qui est très-permis), l'acheteur se trouvant alors dans le cas d'un commissionnaire obligé d'agir toujours au mieux des intérêts du commettant, l'ordre alternatif doit être observé, pourvu que le cours du change soit le même ou plus avantageux. Il faut donc remettre sur Nantes, si le change du lieu d'où se fait la remise est le même ou moindre que sur Paris et le Havre; subsidiairement sur Paris, à la même condition par rapport à Nantes et au Havre ; enfin, sur le Havre, si le change coûte moins que sur Paris et Nantes.

233. — Passons à l'hypothèse où rien n'est convenu sur le lieu du payement. Il peut se présenter différentes espèces :

Et d'abord, la vente sans crédit du prix et sans terme de livraison, dont il est parlé *suprà*, n° 217. L'acheteur doit présenter le prix pour obtenir la chose, et le vendeur la chose, pour obtenir le prix. C'est donc le cas de la règle : *Là où il faut livrer, là il faut payer.* Voilà en quel sens veut être entendu l'art. 1651 du Code civil (Cour de cass., rejet, 5 mai 1824) ; car si l'on prend cet article au pied de la lettre, et qu'on le combine avec l'art. 1247 du

même Code, il en résultera cette singulière conséquence : quand je vous vends à Nantes, où nous résidons tous deux, un corps certain qui est à Marseille, ou une marchandise qui deviendra corps certain par l'expédition qui en sera faite de Marseille, Marseille étant le lieu de la délivrance impliquée dans l'expédition, devient, par cela même, le lieu du payement. Or, telle n'a pu être l'intention de la loi. Quand les parties résident au même lieu, c'est en ce lieu qu'il faut payer, s'il n'y a convention contraire (V. *suprà*, n° 225). Seulement, avant de payer, l'acheteur a le droit, et la prudence le lui conseille, d'exiger la remise du connaissement ou de la lettre de voiture qui lui tient lieu de la chose, en ce sens que la chose ne peut être valablement remise qu'à lui seul ou à celui qui le représente.

Dans la vente au comptant, c'est à l'acheteur de prendre l'initiative en offrant le prix, encore bien que la vente soit aussi sans terme de livraison, parce que c'est en lui que s'accomplit la fin du contrat, le changement de propriétaire : *Emptoris gratiâ magis fit venditio quàm venditoris, si quidem emptor acquirit...* (V. Faber, *Ration.*, ad leg. 3, D., *De act. emp. et vend.*). Il n'a donc pas le droit d'enlever la chose que le prix ne soit payé. Voilà comment il se fait que le lieu de la délivrance est nécessairement celui de la numération, sauf toujours, bien entendu, convention contraire, expresse ou implicite.

Car, si le vendeur souffre qu'on enlève la chose, s'il l'expédie ou la livre lui-même avant d'être payé, il n'est plus dans la position où il était d'attendre et de recevoir un prix offert. Son fait implique qu'il accorde un crédit, *pretium abiit in creditum*, et, ce crédit ne fût-il que de quelques heures, de quelques instants, c'en est assez pour qu'il ait tacitement contracté l'obligation de demander le prix.

Or, par cette obligation, il a changé le lieu où il pouvait l'exiger. Désormais il ne peut plus le demander qu'au domicile du débiteur; c'est le cas de la règle *actor sequitur forum rei* (art. 1247 C. civ., § fin.).

A plus forte raison quand le crédit est fait, *ab initio*, par le contrat même.

Ainsi, règle générale : le prix ne peut être exigé qu'au domicile de l'acheteur, sauf deux exceptions : 1° si la vente est au comptant; 2° si l'on est convenu d'un autre lieu de payement.

234. — Le lieu est-il désigné par la convention; à défaut, l'est-il par la loi ou l'usage, un consentement mutuel pourra seul le changer, cela est évident. Mais chaque jour des contestations s'élèvent, dans lesquelles il s'agit de savoir si le changement ne résulte pas de la volonté commune, intervenue postérieurement à la vente. Ces litiges prennent leur naissance dans la facture que le vendeur fait payable à son domicile, faute de convention sur le lieu, et qu'il expédie à l'acheteur avec la marchandise, ou avant. Le domicile du vendeur devient-il ainsi le lieu où il doit être payé ?

La question a son importance sous le rapport des risques ou des frais qu'entraîne toujours la nécessité de payer ou de plaider au loin.

Veut-on péremptoirement trancher la difficulté?

Pour la négative on se borne à dire : la facture, œuvre d'un seul des contractants, ne peut enlever l'autre à sa juridiction naturelle (art. 59 proc.) : *Non attenditur quod ex parte unius fuit cogitatum, sed quod utraque pars cogitavit* (Casareg., Disc. 119, n° 68).

Pour l'affirmative, l'argumentation est fondée sur l'usage de la place où le vendeur réside, et suivant lequel les

factures sont toujours faites (et même imprimées, tant l'usage est général) payables à son domicile. Or, l'usage est un vice-législateur : *Mercatorum stylus et consuetudo prævalere debet juri communi* (Casareg., Disc. 76, n° 16; Disc. 144, n° 38).

A notre avis, l'un et l'autre système sont beaucoup trop exclusifs : le premier, parce qu'on y suppose que l'indication énoncée dans la facture, et qui n'est que le fait de l'un des contractants, ne peut jamais devenir un fait commun à l'autre, supposition qui n'est pas toujours admissible; le second, parce qu'il y est supposé que l'achat se contracte toujours au domicile du vendeur, et le contraire arrive fort souvent, par exemple, si la commande est donnée sur des offres qu'il a faites, ou sur ses prix courants répandus dans le commerce, et lorsque, après un débat sur les conditions de la vente, c'est par le consentement de l'acheteur que se termine le débat : *In loco in quo ultimus consensus unitur, contractus vel negotium inter absentes gestum dicitur* (Casareg., Disc. 179, n° 1).

Mais, si l'achat a été contracté par un *negotiorum susceptor*, et que le tiers pour lequel il a fait cette affaire, vienne à ratifier, le lieu du contrat n'est pas celui de la ratification; ce sera le domicile du vendeur, ou celui du *negotiorum susceptor*, selon que le dernier consentement sera intervenu chez l'un ou chez l'autre : *Verùm, quandò mercator pro altero corresponsore suo absente, sine aliquo mandato vel ultrà mandatum, aut excedendo fines mandati, aliquem contractum, vel negotium gerit cum tertiâ personâ....., contractus non perficitur in loco ratificantis* (Casareg., *ubi sup.*, n°s 16 et 20). On doit en dire autant d'un *negotiorum gestor*, cas fréquent dans le commerce, et du cas bien plus fréquent encore d'un commis-voyageur, selon que son mandat est de conclure des

marchés, ou seulement de prendre des commandes (1).

Qu'on ne pose donc pas, pour ou contre, une règle inflexible. Chaque espèce doit être jugée par ses propres circonstances; car, si je ne peux, de ma seule autorité, déterminer ni changer le lieu du payement, je le puis dès que mon acheteur acquiesce, et il importe peu que son acquiescement soit exprès ou tacite : *Sed etiàm tacitè consensu convenire intelligitur.* Tout se résume donc en un point de fait : l'acheteur a-t-il accepté la facture, oui ou non? Il faut ici des exemples :

Avant de mettre en route pour Rennes, où je réside, certains articles de draps en telles couleurs et telles nuances, que je lui ai commandés, Salomon m'en adresse facture soldant par 4,000 fr., payables, y est-il dit, *en son domicile à Louviers.* Au reçu de sa lettre, ou peu de jours après, je réponds : « Les draps n'étant pas confor« mes à ma demande du 13, soyez averti qu'ils vous sont « laissés pour compte. » Si Salomon conteste et que je vienne à succomber, j'aurai plaidé à Rennes et ne payerai qu'à Rennes. La raison en est simple : qui répudie un envoi n'entend le payer nulle part. Or, quel besoin de s'expliquer sur le lieu d'un payement qu'on refuse de faire?

Autre hypothèse : En recevant la facture de cotonnades que j'ai commandées, facture que mon vendeur a faite *payable à son domicile dans Rouen*, je me borne à demander un rabais sur le prix, et, ce rabais obtenu, je paye un à-compte chez le vendeur. Le payement partiel, effectué à Rouen, me soumet, sans nul doute, à y payer le reste.

Il en est de même lorsque, la facture fixant l'*époque* et

(1) Un commis-voyageur accrédité est réputé avoir l'un et l'autre mandat.

le *lieu*, je me borne à réclamer contre l'*époque*; c'est un acquiescement implicite à l'indication du lieu.

David, de Marseille, vend à Salomon, de Nantes, un fût de malvoisie. Le 19 mai, expédition annoncée et remise de la facture, portant *payable* le 19 novembre suivant, *à Marseille*. Quatre ou cinq jours après, la facture arrive au destinataire, qui ne réclame pas; mais, à l'arrivée de la marchandise, il écrit qu'il la laisse pour compte, vu la non-conformité. Salomon a-t-il accepté l'indication du lieu, ou l'a-t-il refusée?

Il l'a acceptée, dira-t-on, car il l'a connue. Or, la réception de la facture est un fait qui l'interpellait de répondre, et son silence, un acquiescement au contenu (V. t. 1, nº 158; t. 2, nº 150).

Mais on répondra : Salomon n'a pas accepté, car, ayant refusé le malvoisie, il n'a pu être lié par une facture unilatérale. De ce qu'il l'a gardée, s'ensuit-il qu'il ait perdu le droit de répudier un envoi dont il ne pouvait connaître la non-conformité? On n'oserait pas le prétendre. D'un autre côté, ce refus est négatif de la volonté de payer, et, par une conséquence nécessaire, évidemment exclusif de tout lieu de payement : *Quisquis vult antecedens, necesse est ut velit etiàm necessarium consequens* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 482, col. 1).

C'est entre ces deux interprétations que la jurisprudence des tribunaux et des Cours impériales vacille et se partage (1).

L'espèce suivante a été portée devant la Cour de cassation : Cauvain-Gérin, de Lille, vend, le 18 mai 1833, huit pièces toiles à Galabert, de Castelnaudary. Le 18 août, celui-ci reçoit facture de six pièces au lieu de

(1) Lyon, 5 février 1821, 2 décembre 1823... Aix, 24 juin 1842.

huit, avec indication du payement à Lille. La marchandise arrivée (le 18 septembre), il la refuse par lettre, et motive son refus. Les tribunaux des domiciles respectifs ayant été saisis de la contestation, pourvoi en règlement de juges, et la Cour statue en ces termes : « Attendu que « Cauvain-Gérin prétend, à la vérité, qu'il avait été convenu que le payement du prix de ces marchandises (*les « toiles*) serait fait dans la ville de Lille ; mais qu'il ne « rapporte d'autre preuve de cette convention que la facture par lui adressée à Galabert ; que rien ne constate « que cette facture ait été acceptée par Galabert, qui a « refusé de recevoir les marchandises à lui adressées, sur « le double motif que l'envoi était incomplet et que les « marchandises étaient défectueuses ;

« Qu'ainsi, à défaut de preuve de la convention par lui « alléguée, Cauvain-Gérin n'a pu distraire Galabert de ses « juges naturels, etc.... »

La Cour suprême juge donc que la rétention de la facture sans protestation *pendant un mois entier*, n'en implique pas l'acceptation, lorsque, en définitive, la marchandise est refusée pour défaut de conformité.

Cependant la vente étant parfaite, si l'on admet que les parties peuvent, depuis le contrat, convenir d'un lieu de payement autre que le lieu de droit ou le lieu précédemment convenu, ce qui est hors de toute contestation raisonnable, comment ne pas admettre qu'une pareille convention puisse intervenir tacitement, soit de la part du vendeur, *v. g.*, si l'acheteur lui écrit qu'il entend payer au lieu de l'expédition, et que le vendeur ne réponde pas; soit de la part de l'acheteur, si le vendeur lui remet une facture indiquant le même lieu de payement, et que l'acheteur garde un silence assez long pour faire présumer qu'il acquiesce? Il est élémentaire en droit marchand que

qui ne répond pas (1) avoue et approuve : *Recipiens litteras cum taciturnitate, præsumitur confessus, seu approbâsse omnia contenta in eis* (Scaccia, Glos. 5, n° 336). Nous n'admettons donc pas le principe trop absolu posé par la Cour suprême, et d'après lequel il n'y aurait de facture acceptée que la facture acceptée d'une manière explicite.

Mais, à part ce motif erroné, selon nous, sur lequel est fondé l'arrêt de règlement de juges, cet arrêt, dans son dispositif, est très-conforme aux principes du droit.

Quand les parties ne s'expliquent pas sur le lieu du payement, dans un contrat de vente par expédition, ce lieu est (*ipso jure*) le domicile de l'acheteur. Permis à elles, sans doute (on vient de le dire), d'en fixer un autre par un pacte accessoire. Mais il convient de distinguer les pactes accessoires formés dans le contrat ou immédiatement après, *in contractu sive in continenti*, et ceux intervenus depuis, *ex intervallo*. Les premiers inhèrent au contrat, *contractu insunt* ; ils donnent une action, la

(1) Bien entendu, aux lettres qui exigent une réponse; car nous n'avons pas dit, comme on l'a supposé par erreur, qu'un négociant est tenu de répondre à *toutes* les lettres qu'il reçoit. Il doit réponse aux lettres des personnes avec lesquelles il traite actuellement quelque affaire, ou avec qui il négocie habituellement, quoiqu'il n'ait avec elles aucune affaire actuelle. Nous avons même dit (t. 2, n° 160) que, dans le commerce, on doit répondre à tout commerçant qui se serait porté *negotiorum susceptor*, lorsque la lettre reçue *est de nature à faire penser que le silence gardé sur cette lettre peut causer à son auteur quelque préjudice*; et il n'est pas, croyons-nous, de négociant honnête qui ne souscrive à cet enseignement.

Nous avons dit aussi que l'art. 8 du Code de commerce impose implicitement aux commerçants l'obligation de répondre. Peut-être eût-il été plus exact de dire que la loi suppose *à priori* l'obligation de répondre.

même action que le contrat, et c'est uniquement dans ce cas, s'il survient un *laissé pour compte*, que l'art. 420 du Code de procédure civile permet au demandeur d'assigner au lieu *où le payement devait être effectué*. Les autres pactes accessoires, ceux formés *ex intervallo*, et qui, comme dans notre espèce, ne tombent pas sur les choses substantielles du contrat (1), sont des conventions collatérales au contrat, adhérentes au contrat, mais non pas inhérentes, et c'est pourquoi, en principe, ils n'engendrent que des exceptions et non pas des actions (L. 7, §§ 5 et 6, D., *De pact.*). D'un autre côté, par cela seul qu'ils constituent des conventions nouvelles et dérogatoires aux pactes contenus dans le contrat explicitement ou implicitement, ils sont naturellement soumis aux principes de droit qui régissent les conventions. Cela posé, nous disons que le pacte de payer au domicile du vendeur, convenu *ex intervallo*, est nécessairement un pacte conditionnel.

En effet, si, dans la vente par expédition, la remise de la chose au voiturier ou au capitaine est translative de la propriété et transmissive des risques à moins de convention contraire (100 C. comm.), c'est, comme il est dit t. 4, n° 131, parce que « la commande implique le mandat de « compter, de peser, de mesurer, *sauf la vérification du* « *destinataire à l'arrivée de la marchandise*. Par rapport

(1) Il est une troisième espèce de pactes que nous appelons *ex contractu*, et dont il sera parlé dans le paragraphe suivant.

Les pactes *ex intervallo* tombant sur les choses substantielles du contrat, ou sur une de ces choses, ne sont véritablement pas des pactes accessoires. Ils abolissent l'ancien contrat, et en constituent un nouveau : *Nam, si erit* (pactum) *de iis in quibus contractùs substantia consistit, et ejus contractùs qui consensu perficitur, ut si, emptione et venditione perfectâ, de augendo vel de minuendo pretio conveniat, hæc conventio non pactum est*, sed nova emptio (Don., ad tit., *De verb. oblig.*).

« à lui, le mesurage, etc..., que le vendeur-expéditeur « fait dans son magasin, *n'est qu'une opération préparatoire pour parvenir à la tradition,* » c'est-à-dire, à la réception définitive et irrévocable de la chose. Ainsi, la tradition a lieu, vu le mandat, mais elle n'a lieu que sous la condition résolutoire *si la marchandise n'est pas conforme aux accords.* Nul mandat, au contraire, dans le pacte accessoire, formé *ex intervallo,* de payer le prix chez le vendeur. Chacune des parties agit directement par elle-même, et l'acheteur ne promet que sous la condition suspensive *si la marchandise est conforme.* Du moment donc que la conformité est contestée, la vérification de ce fait est préalable à la naissance de l'obligation de l'acheteur de payer ailleurs que chez lui. Or, tant que cette obligation n'est pas née, c'est-à-dire, tant que le fait ne s'est pas vérifié contre sa prétention, la provision est due au principe général, d'après lequel le vendeur suit la juridiction de l'autre partie ; cette juridiction est donc seule compétente pour connaître de la vérification. Tels sont les principes dont la Cour suprême a fait une application implicite en jugeant que, *la marchandise étant refusée, la seule réception de la facture, indicative d'un autre lieu de payement que le lieu de droit, n'entraine pas l'acceptation* de cette facture. La différence entre cette décision et notre opinion, c'est que, selon nous, la facture peut être acceptée tacitement ; et, lorsqu'elle est acceptée *ex intervallo,* l'acceptation est conditionnelle.

Mais la condition suspensive d'un pacte tacite ne pouvant être expresse, c'est par les présomptions qu'on en juge.

Si Cauvain-Gérin eût écrit : « Remarquez que ma facture « étant faite payable en ma demeure, *vous plaiderez à « Lille, au cas qu'il survienne entre nous quelques difficul-*

« *tés sur la marchandise,* » et que Galabert n'eût pas répondu, son silence eût emporté soumission au tribunal de Lille ; car, comme le dit Peckius dans son commentaire sur la deuxième règle du droit canonique : c'est approuver que de ne pas répondre (1) : *Qui litteras recipit, et contrariam testationem non facit, censetur ea quæ illis litteris continentur rata habuisse.* Mais qu'eût répondu Galabert, s'il eût voulu répondre ? C'est ce qu'il faut rechercher

(1) Cette règle de droit commercial, précédemment expliquée *in notis*, souffre des exceptions.

Pour que la présomption procède, il faut :

1° Que le destinataire ait lu la lettre et qu'il ait eu le temps d'y réfléchir, circonstance dont le juge est appréciateur : *Debet recipiens aperuisse et legisse litteras, nec quidem sufficere perfunctoriam lectionem sed tantum tempus tribuendum esse ut eas considerare potuerit* (Menoch., lib. 3, *præsumpt.* 65) ;

2° Que l'obligation soit de celles qu'il pouvait contracter *sponte suâ*, de sa libre volonté ; comme si je laisse sans réponse une lettre où il est écrit que vous m'avez prêté telle somme ; car, si vous m'écrivez que les 3,000 fr. dont vous m'êtes débiteur ont été saisis par le mandat du juge, mon silence n'autorise pas à présumer que j'aie approuvé cette saisie, pratiquée contre mon gré : *Hoc sanè casu, illa receptio litterarum a me facta non infert quòd consenserim illi sequestro, cùm illud me invito factum sit* (Menoch., *ibid.*).

Mais *quid juris* si la lettre contient ou accompagne un compte (*calculus dati et accepti*) qui vous constitue débiteur ? D'après Menochius, la présomption n'est pas que le compte est approuvé, mais seulement retenu pour en vérifier l'exactitude : *Eà ratione quià non præsumitur retinere ut debitum agnoscat, sed ut videat an rectè calculus ille fuerit confectus* (ibid.).

Aujourd'hui, quand le commerçant à qui l'on a remis un compte garde le silence, il est d'usage de lui en envoyer un duplicata. S'il se tait encore, et que son silence se prolonge, il appartient au juge de décider s'il en résulte la présomption d'un aveu, relativement aux articles dont le rendant n'a pas la preuve. Si la présomption existe, l'oyant n'a plus de ressource que dans l'art. 541 du Code de procédure civile, et alors il ne lui suffira plus de dire que tel ou tel article du compte n'est pas justifié ; il faudra qu'il en prouve l'erreur, le faux emploi ou le double emploi.

dans les présomptions. Eh bien! selon toutes les vraisemblances, il eût répondu : « Je veux bien payer chez « vous, dès que cela vous arrange. Mais, s'il faut que je « plaide, pourquoi serait-ce à Lille? Une fois la marchan- « dise à Castelnaudary, n'est-il pas tout simple que les « vérifications nécessaires y soient faites, judiciaires ou « autres? » Voilà la présomption qui se présente naturellement à l'esprit. Elle est d'autant plus forte, d'autant plus exclusive, que nul n'est facilement présumé renoncer à son droit, surtout au droit si précieux de n'être pas distrait de ses juges naturels. Une pareille renonciation ne peut s'induire de la rétention silencieuse d'une facture où il est simplement dit *payable à Lille*, étant très-possible de payer à Lille, après avoir plaidé à Castelnaudary.

Il reste à voir le résultat de la différence entre notre enseignement et le motif de l'arrêt.

Dans le système de la Cour de cassation, qui ne reconnaît de facture acceptée qu'autant qu'il soit intervenu une acceptation explicite, si la marchandise est reconnue conforme, l'acheteur qui aura gardé silencieusement la facture ne devra jamais qu'à son domicile. Cette doctrine, que nous devons croire erronée, nous semble provenir de la confusion que l'on fait de choses très-distinctes, la facture et le contrat, et, par suite, les pactes accessoires. Les arrêts des Cours disent fréquemment : *La facture qui forme le contrat des parties*, et la Cour de cassation elle-même en prend droit (1); tandis que fort souvent la facture n'est qu'un moyen de preuve, quelquefois un instrument d'exécution du contrat préexistant, et telle était l'espèce.

Au contraire, dans le système où l'on reconnaît la vali-

(1) Lyon, 17 janvier 1832; Cass., 6 mars 1837.

dité d'une acceptation tacite, si le juge du domicile de l'acheteur fait exister la condition suspensive du pacte accessoire en déclarant la marchandise conforme, et que la facture ait été acceptée d'une manière expresse ou implicitement, cette facture emporte obligation de payer chez le vendeur. Ainsi, dans ce cas, vérification de la marchandise en un lieu, et payement du prix dans un autre.

Une objection sera faite peut-être : si l'on distinguait à Rome entre les pactes accessoires formés lors du contrat et ceux intervenus depuis, il n'est rien de semblable dans les lois françaises, et le droit romain n'a pas en France d'autorité légale.

Nous répondons : s'il est besoin d'une loi pour astreindre le juge à s'écarter de la raison du droit (*natura rerum*), son devoir normal est de s'y conformer, alors même qu'aucune loi ne le lui ordonne.

Les jurisconsultes romains n'ont pas arbitrairement imaginé la distinction dont on parle; ils n'ont fait que l'énoncer.

Cette distinction a son existence dans la nature des choses, à laquelle il répugne que deux obligations contraires coexistent, *v. g.*, l'une, de payer le prix entier dans un lieu, l'autre de le payer en entier dans un lieu différent : *Posterior succedit priori.*

Néanmoins, il faut s'entendre : dans l'hypothèse où nous sommes, une obligation parfaite n'étant remplacée que conditionnellement par une autre obligation, l'effet en est suspendu sans doute; mais elle ne cessera d'exister, et la seconde obligation n'existera que si la condition de celle-ci existe. Jusqu'à ce temps, les deux obligations sont *in statu pendenti.* Encore une fois, il est donc préalable de vérifier le fait conditionnel, la conformité de la

marchandise. Or, la question est de savoir où la vérification doit se faire.

Après tout, la distinction est si bien reçue en droit français qu'elle est le motif principal (on pourrait dire le seul motif) d'un arrêt important de la Cour de cassation, parfaitement analogue à celui qu'elle a rendu dans l'affaire Cauvain-Gérin (V. le § suivant).

Ne sachant pas l'issue du litige à Castelnaudary, nous n'en pouvons raisonner que d'une manière hypothétique :

Si l'on a reconnu la non-conformité, il n'a fallu payer nulle part ;

Au cas contraire, Cauvain-Gérin avait le choix de deux partis :

Il a pu conclure à l'annulation du *laissé pour compte,* et se réserver d'assigner à Lille en condamnation au payement du prix ;

Il pouvait aussi conclure à ce qu'il fût ordonné à Galabert de payer à Lille ; car, bien que le juge de Castelnaudary fût seul compétent pour déclarer si la condition du pacte accessoire était accomplie ou défaillie, il ne s'ensuivait pas que l'acheteur ne dût payer qu'à Castelnaudary ; le juge de Castelnaudary n'en avait pas moins le droit et le devoir d'ordonner l'exécution du pacte, en quelque lieu qu'il dût être exécuté.

Très-différente est l'hypothèse où le pacte accessoire de payer chez le vendeur intervient lors du contrat. Alors ce pacte, dérogatoire à la règle du droit, a le même caractère que la vente, laquelle est contractée sous la condition résolutoire *si la marchandise n'est pas conforme,* et l'on sait qu'une vente contractée sous condition resotoire est, *per rerum naturam,* une vente parfaite (V. t. 4, n° 173). Or, de même que, dans l'espèce précédente, la provision est due au principe d'après lequel l'acheteur ne

doit que chez lui, de même, dans la présente hypothèse, la provision est due au contrat par lequel il a promis de payer dans un autre lieu. Le contrat sera-t-il résolu ou ne le sera-il pas, c'est-à-dire, la marchandise n'est-elle pas conforme? Le juge de l'arrondissement du vendeur a seul compétence pour vérifier ce fait, d'où dépend *le sort* de la vente et des stipulations qu'elle renferme ou qui s'y rattachent. Si la vente est maintenue, tous les pactes accessoires seront exécutés; au cas contraire, ils se résolvent tous avec elle : *Contractu venditionis resoluto, omnia illius pacta accessoria resolvuntur* (Casar., Disc. 166, n° 43).

---

§ II.

DU RÈGLEMENT DU PRIX ET DE LA NOVATION DE L'OBLIGATION *ex empto* SELON LE DROIT CIVIL ET SELON LE DROIT COMMERCIAL, PAR ABSTRACTION DE TOUT CAS DE FAILLITE.

SOMMAIRE.

235. Le payement dont il a été précédemment question est le payement effectué en espèces *inter præsentes*, ou le payement comptant *inter absentes*, au moyen de remises ou de traites ; ce dernier *comptant* n'est qu'une fiction commerciale; *l'encaissement* est la condition suspensive de la libération du débiteur ; mais le plus fréquemment le prix est réglé avant d'être payé.

236. Le brocard de droit : *qui règle paye*, n'est vrai que dans le cas spécial de l'art. 575 du Code de commerce ; pourquoi, dans ce cas, le règlement est assimilé au payement ; la fiction de l'art. 575 ne peut être étendue.

237. Cet article ne concerne pas les rapports du vendeur et de l'acheteur, abstraction faite du cas de faillite ; examen de la question de savoir si, à leur égard, il est vrai de dire : *qui règle paye*.

238. Formule d'un règlement de prix ; si l'acheteur qui a la facture quittancée est libéré ; en d'autres termes, si le vendeur est encore créancier en vertu de la vente, ou s'il ne l'est plus qu'en vertu des effets dont le règlement

se compose ; intérêt de la question ; elle se réduit à savoir si le règlement du prix fait ou ne fait pas novation.

239. Cette question divise les auteurs et les Cours ; son approfondissement par l'examen critique d'un arrêt de la Cour de cassation.

240. Espèce de cet arrêt : vente d'immeubles pour un prix déterminé, stipulé payable en deux lettres de change acceptées par l'acheteur, souscrites au moment de la vente, et quittance donnée par le vendeur ; les effets non payés à l'échéance ; jugement consulaire confirmé par la Cour, qui condamne l'acheteur au payement, et par corps.

241. Le vendeur, n'ayant pu mettre le jugement à exécution, demande la résolution de la vente ; jugement du tribunal de première instance, qui refuse de la prononcer ; arrêt de la Cour de Bourges, qui réforme.

242. Pourvoi en cassation par le vendeur pour fausse application de l'art. 1273 du Code civil et violation des art. 1184 et 1654 du même Code.

243. Quelques principes relatifs à la novation tacite, sur lesquels sont fondés les principaux moyens du demandeur en cassation.

244. Indication des principaux moyens du défendeur.

245. La Cour de cassation se déclare partagée ; le partage vidé par arrêt du 22 juin 1841 ; texte de l'arrêt qui casse.

246. Examen de cet arrêt au point de vue de la compétence ; ce qui délimite la souveraineté des Cours d'appel et la suprématie de la Cour de cassation.

247. Comment, en matière de convention, reconnaître cette délimitation ; certaines conventions ont une dénomination propre et sont définies par la loi ; les autres ne le sont pas et ne pouvaient pas l'être ; quant aux premières, compétence de la Cour suprême pour décider si l'arrêt a expressément violé ou faussement appliqué les règles établies ; quant aux secondes, incompétence ; application du principe faite par la Cour de cassation dans l'espèce précitée.

248. Appréciation des motifs de cette décision touchant la novation, par le rappel de quelques notions élémentaires ;

les pactes accessoires d'une vente ne sont ni le contrat, ni aucun autre contrat ; avec ou sans ces pactes, le contrat reste le même ; la novation ne peut exister sans deux contrats, dont le premier est réduit à nul effet, soit par son incompatibilité avec le second, soit par la volonté expresse ou tacite des contractants; la lettre de change implique un contrat de change ou en suppose un déjà formé ; le caractère propre de ce contrat est incompatible avec celui du contrat de vente; mais on peut déguiser un contrat sous l'apparence d'un autre contrat, pourvu qu'ils soient licites l'un et l'autre.

249. Application de ces principes à l'arrêt de la Cour suprême ; il s'agissait de savoir si, dans l'espèce, les lettres de change avaient fait novation à l'obligation *ex causâ empti ;* la Cour décide qu'il n'y avait pas eu novation; conséquence qui en résulte, et raison de la conséquence ; résumé des principaux motifs de l'arrêt ; ces motifs sont l'expression des règles du droit romain sur les pactes accessoires.

250. En posant ces principes, l'arrêt détermine implicitement l'effet inverse des pactes accidentels formés *ex intervallo;* cette conséquence en découle par argument *à contrario sensu* ; observations sur la valeur de cet argument.

251. Ce qui vient d'être dit s'applique au règlement de prix fait *in contractu* ou *in continenti*, et aux conventions dont le prix peut devenir l'objet postérieurement; quand le prix est réglé *in continenti;* quand le règlement est un pacte accidentel *ex contractu.*

252. Résumé de la discussion : sans une convention expresse dans le contrat, le règlement du prix *in contractu, in continenti* ou *ex contractu*, n'opère pas novation ; peu importe l'incompatibilité de l'obligation *ex empto* avec l'obligation unique ou multiple que supposent les valeurs, matière du règlement; les pactes *ex intervallo* l'opèrent, si l'intention de l'opérer est expresse, ou résulte clairement de l'acte, et chaque fois que la nature de la seconde obligation ou des titres remis est incompatible avec la nature de l'obligation résultant de la vente.

235. — Jusqu'à présent, il ne s'est agi que du payement en espèces, effectué entre des contractants dont la résidence est la même, et du payement comptant qui s'opère *intèr absentes*, au moyen de lettres de change (1) remises au vendeur ou tirées par lui, et que l'acheteur paye à vue ou accepte, conformément aux stipulations contenues dans le contrat même. Au fait, on le sent bien, ce n'est pas là payer *comptant*. Ce comptant est une fiction toute commerciale, dont la cause est l'évidente impossibilité de faire, à distance, une numération actuelle et manuelle ; c'est ainsi, par réciprocité, que la vente est réputée sans terme de livraison, malgré le délai qu'exige, soit l'appréhension de la chose absente, soit, en certaines circonstances, la tradition de la chose qui est au lieu où l'on traite. Dans la réalité, l'encaissement est la con-

(1) Ou tout autre papier commerçable (V. le n° 238).

dition suspensive de la libération du débiteur. Si l'effet n'est pas payé, la vente étant restée à son état primitif d'exécution imparfaite, il est au pouvoir du vendeur de résoudre l'obligation (V. t. 4, nos 43 et suiv.) ; au cas contraire, la condition s'accomplit, l'exécution est parfaite, et la libération remonte au temps de l'envoi de la remise ou de l'émission de la traite. Le vendeur est donc censé avoir reçu *comptant*, et c'est pourquoi il n'a nul droit aux intérêts, sauf toujours convention contraire : car, une dernière fois, avant tout la convention des parties.

Mais un cas plus fréquent encore peut-être est celui où le prix est réglé plus ou moins de temps avant d'être payé.

236. — On enseigne cependant, et on l'enseigne avec raison, que le règlement et le payement du prix sont une seule et même chose : « C'est un axiome de droit com« mercial, dit M. Renouard, que qui règle paye. » Mais cela n'est vrai, et le savant magistrat ne l'entend certainement pas autrement, cela n'est vrai, disons-nous, que dans le cas spécial de l'art. 575 du Code de commerce, où l'on prévoit l'espèce d'un commissionnaire tombé en faillite, après avoir vendu et réglé pour son commettant. La loi suppose ici qu'il l'a fait en son propre nom, et alors, s'il n'est pas absolument impossible, du moins est-il presque toujours aussi difficile de distinguer dans son portefeuille ses valeurs personnelles des valeurs qu'il a reçues pour compte, que dans sa caisse l'argent d'autrui du sien propre. Voilà pourquoi cette assimilation légale du règlement au payement. Ce n'est pas une présomption *juris et de jure;* ce n'est même pas une présomption quelconque ; c'est une novation fictive pour certains cas

où il n'en existe pas de réelle, et, en ce sens seulement, il est vrai de dire avec Casaregis : *Inter mercatores novatio per quemlibet contractum facilè præsumitur* (Disc. 8, n° 21). Cette fiction a le double objet de prévenir une foule de litiges et de mettre le failli dans l'heureuse impuissance de favoriser aucun de ses créanciers au préjudice des autres. En un mot, l'art. 575 est une loi faite *ad tollendas fraudes*. Or, les lois de cette espèce n'ont d'application qu'à leur objet.

Non-seulement les fictions ne s'étendent pas, il est de leur nature de céder à la vérité, dès que la vérité se montre avec évidence : *fictione potior veritas*. Voyez donc ce que nous avons dit (t. 3, n° 218) sur la question de savoir s'il est un cas où le commettant puisse revendiquer, dans la faillite de son commissionnaire pour vendre, les valeurs que celui-ci a reçues en règlement du prix de la vente.

237. — Mais si l'art. 575 est étranger aux rapports directs de l'acheteur et du vendeur considérés par abstraction de tout cas de faillite, n'y aurait-il pas dans nos lois quelque autre texte, ou dans le droit quelque principe en vertu duquel il serait également vrai de dire, à leur égard, que *qui règle paye?* C'est ce qu'il faut examiner, et cet examen exige la notion préalable de la forme matérielle d'un règlement de prix :

238. — Doit Jacques, de Rennes, à Salomon, de Paris, pour marchandises vendues et livrées ce jour, facturées comme ci-après (ici le détail des marchandises, supposées choses fongibles).

Total. . . . . . . fr. 5,000 »

Laquelle somme a été réglée comme il suit, conformément à nos accords :

Fr. 2,000 en son billet à M. O., payable en son domicile, le 1er mars prochain ;

2,000 en son acceptation à ma traite sur lui, échéance du 31 du même mois ;

1,000 en sa facture à M. O., sur David, de Castelnaudary, payable le 24 avril suivant.

Somme égale. . . . . . fr. 5,000 »

Rennes, 1er février 1847.

Pour acquit : SALOMON.

Voilà, en peu de mots, le prix réglé d'une vente.

De la part de Salomon qui a livré, l'exécution est parfaite. L'est-elle également de la part de Jacques, qui a sa facture acquittée? En d'autres termes, le vendeur est-il encore créancier en vertu de la vente, on ne l'est-il plus qu'en vertu des effets dont le règlement se compose? C'est un point très-important ; car si, nonobstant la quittance, l'exécution est imparfaite du côté de Jacques, et que les effets ne soient pas payés, Salomon peut, à son choix, demander la résolution du contrat avec dommages et intérêts, ou en poursuivre l'exécution en justice, aux risques et frais du débiteur. En outre, lorsque la vente est celle d'un corps certain, et que le vendeur opte pour la résolution, le juge l'autorise à reprendre la chose, *manu militari*, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu à dommages et intérêts.

Si, au contraire, l'exécution est parfaite des deux côtés, le vendeur n'a plus d'action que pour le recouvrement des effets, sans autre indemnité que les intérêts moratoires.

Telle est l'importance de la question, sans parler de celle qu'elle offre dans la faillite du vendeur, de laquelle

il est traité dans le tome suivant ; et, comme on le voit, tout se réduit à savoir si le règlement du prix fait ou ne fait pas novation à l'obligation *ex empto*.

239. — Pour approfondir ce point de droit, qui divise les Cours d'appel et la Cour de cassation elle-même, il suffit de nous livrer à l'examen critique d'un arrêt assez récent, rendu par cette Cour. Nous en rapportons l'espèce avec détail, vu la gravité des questions qu'il décide. Il est vrai qu'il s'agissait là d'une vente immobilière ; mais qu'importe? A part l'intérêt des tiers dans le cas de faillite, et la délégation, dont il sera parlé nº 256, la novation n'est pas autre, ne se fait pas autrement, et n'a pas d'autres effets dans le droit commercial que dans le droit civil. Voyons donc cette espèce.

240. — Le 21 mars 1828, acte notarié par lequel Barbaud vend à Dugoulet divers immeubles, au prix de 37,500 fr., stipulés payables en deux effets de commerce, et par moitié. — En conséquence, le vendeur tire et l'acheteur accepte deux lettres de change de 18,500 fr. chacune : *lesquel seffets*, porte l'acte, *ont été souscrits au profit dudit vendeur, et lui ont été à l'instant remis ; au moyen de quoi le vendeur reconnaît avoir reçu le prix de la présente vente, dont quittance.*

Aux échéances, protêt, puis jugement consulaire condamnant Dugoulet, par corps, au payement des capitaux et des intérêts, à raison de 6 p. 100. — Dugoulet appelle et se fonde sur ce que, les lettres de change n'étant que *la représentation du prix des immeubles* (ce qui lui semblait exclure la mutation de sa première dette en une autre), il y avait mal jugé au chef de la contrainte par corps.

Néanmoins, la Cour confirme.

241. — Le jugement n'ayant pu être mis à exécution, Barbaud assigne Dugoulet en résolution de la vente, pour défaut de payement du prix.

Dugoulet conteste. Il soutient que, puisque la Cour l'a, malgré lui, souverainement jugé débiteur en vertu des lettres de change, le prix de la vente est équivalemment payé par la novation. Or, on ne résout pas un contrat parfaitement exécuté de part et d'autre.

Ce qui dut surprendre Dugoulet, probablement peu versé en jurisprudence, c'est qu'il ne réussit pas mieux en plaidant pour la novation, qu'il ne lui avait réussi de plaider contre.

Appel de sa part, et, plus heureux cette fois, il obtient gain de cause. Mais ce ne fut pas sans peine ; il y eut partage (1).

242. — Pourvoi en cassation par Barbaud, pour fausse application de l'art. 1273 du Code civil, et violation des art. 1184 et 1654 du même Code.

Deux questions fort graves se présentaient, dont une préjudicielle ; car le défendeur contestait la compétence même de la Cour de cassation pour connaître du pourvoi, et ne plaidait que subsidiairement sur la novation (2).

243. — Avant de rapporter l'arrêt de la Cour suprême, et pour le mieux apprécier, rappelons, en peu de mots, quelques principes relatifs à la novation tacite.

Sans doute, il n'est pas requis, pour qu'il y ait novation,

(1) L'arrêt qui vida le partage (Cour d'appel de Bourges) est du 6 mai 1837. Il se trouve dans tous les recueils.

(2) V. les moyens respectifs dans le *Journal du Palais*, t. 2 de 1841, p. 132.

que la volonté de nover soit expressément déclarée, et pourtant *la novation ne se présume pas ; il faut que l'intention de l'opérer résulte clairement de l'acte* (art. 1273), c'est-à-dire s'ensuive évidemment (1) de l'acte qu'on prétend être un contrat de novation. Mais cette intention, dont la loi exige une preuve évidente exclusivement puisée dans l'acte, et sans qu'il y puisse être suppléé par des présomptions, quelles qu'en soient la gravité, la précision et la concordance, cette intention, disons-nous, si l'acte ne l'exprime pas, comment peut-elle en résulter avec la même évidence, quand le créancier et le débiteur restent les mêmes? C'est principalement lorsque le second acte (*id quod actum est posteriùs*) ne saurait coexister avec le premier acte (*id quod priùs actum est*), en sorte que, la seconde obligation subsistant, la première est nécessairement réduite à nul effet. Tel est, par exemple, le cas où, depuis que je vous ai confié une somme d'argent en dépôt, nous convenons que vous pourrez vous en servir, à la charge par vous de me rendre pareille somme. Vous ne pouvez me devoir cette somme à titre de dépôt en même temps que vous me la devez à titre de prêt. La novation est donc de toute évidence. Il en est ainsi chaque fois qu'il se trouve entre les deux obligations une absolue incompatibilité : *Ad novationem alicujus obligationis exigitur expressa obligatio*, vel actuum incompatibilitas (Casareg., Disc. 35, nº 23). Alors, en effet, il y a substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, laquelle est éteinte par sa confusion avec l'autre (2), parce que, d'une part, les contrac-

(1) Evidens dicitur quod palàm adparet, aut quod *clarum*, apertum, manifestum est, et de quo liquidè et *indubitatè* constat (Vicat, vº *Evidens*).

(2) Est novatio prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio (Ulp., L. 1, D, *De nov.*).

tants n'ont pu raisonnablement vouloir la coexistence de deux obligations incompatibles, et que, d'un autre côté, la volonté tacite, lorsqu'elle n'est pas douteuse, a la même force que la volonté exprimée verbalement ou par écrit. Il y a plus : les parties auraient-elles exclu la novation en termes exprès, elle n'en serait pas moins opérée : *Novatio inducta ratione incompatibilitatis non tollitur per contrariam protestationem* (Casareg., Disc. 21, n° 10).

Mais, si la seconde obligation n'a pour objet que de modifier l'autre, d'y ajouter ou d'en retrancher quelque chose, en un mot, *si hoc non agatur ut novetur obligatio*, les deux obligations subsistent, *duæ erunt obligationes* (L. 2, D., *De novat.*), ou, comme le dit d'Argentré (art. 273 Cout. de Bret.), plus exactement peut-être que la loi romaine (1), une action vient s'ajouter à une action,

(1) Cela peut paraître plus exact, osons-nous dire; car, si l'esprit conçoit très-bien deux actions pour le recouvrement de la même créance, il a plus de peine à concevoir deux obligations qui n'en font qu'une, ou une obligation se multipliant par deux, sans cesser d'être une et la même. Pour le comprendre, il faut qu'on admette avec les Proculéiens que l'obligation modifiée, augmentée ou diminuée, n'en demeure pas moins la même obligation s'il n'y a pas changement dans la cause ou dans la substance, comme un arbre n'en reste pas moins le même arbre, après avoir dépouillé ou repris son feuillage.

Mais les Sabiniens, dont la logique était toujours inflexible, n'admettaient point ce tempérament. Suivant eux, toute obligation qui avait subi une modification quelconque, en quelque sens que ce fût, était dénaturée, *transibat in aliam obligationem*, et la novation en résultait.

Justinien trancha enfin cette interminable controverse par la loi dernière, au Code, *De novationibus: Sancimus, si quis, vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit. ... nihil penitùs priori cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere.*

actio actioni adduplicatur. La seconde obligation n'est qu'une sûreté de plus, un moyen de parvenir à l'exécution de la vente, et, dans ce cas, point de novation : *Novatio non inducitur ex actibus ad majorem cautelam et securitatem gestis, vel ad implementum et executionem primæ obligationis* (Casareg., Disc. 138, nos 6 et 8); et l'on changerait vingt fois de moyens, que la novation n'en serait pas le résultat ; Casaregis nous le dit encore : *Novatio non inducitur ex variatione circà modum solutionis* (*ibid.*, n° 7).

Tels étaient les moyens du demandeur, présentés sous un autre aspect et en d'autres termes appropriés à l'art de la défense devant la Cour suprême.

244. — Le défendeur répondait d'abord que, l'arrêt attaqué ne contenant qu'une simple appréciation d'acte et d'intention, la Cour de cassation n'en pouvait connaître ; en second lieu, et pour le cas où cette exception préjudicielle ne serait pas accueillie, qu'il y avait ici deux dettes successives, parfaitement distinctes par leur nature et leurs effets : la première, purement civile, ayant pour objet une vente d'immeubles ; la seconde, essentiellement commerciale, résultant de lettres de change, entraînant la contrainte par corps et produisant des intérêts à 6 p. 100, et que, d'un autre côté, les parties avaient évidemment entendu substituer la seconde dette à la première, et éteindre celle-ci, puisqu'elle avait été expressément quittancée.

245. — La solution n'était pas facile. La Cour de cassation, à l'exemple de la Cour de Bourges, fut partagée d'opinion, et le 28 juin 1841, elle vida le partage en ces termes :

« Vu les art. 1184, 1271 et 1654 du Code civil;

« Attendu que, s'il appartient aux Cours royales de « statuer souverainement sur les circonstances de fait « qui peuvent faire connaître l'intention des parties, et « d'interpréter le sens et la lettre des conventions consen- « ties, il appartient à la Cour de cassation de statuer sur « l'application qui peut avoir été faite par les arrêts des « Cours royales aux conventions ou actes litigieux des « dispositions de la loi, qui déclarent le caractère de l'acte « ou qui déterminent les conditions auxquelles on peut re- « connaître ce caractère; — Attendu que la novation ne « se présume pas; que la volonté de l'opérer doit résulter « clairement de l'acte; que, dès lors, en cette matière, il « ne suffit pas que les juges aient déclaré que la volonté « des parties d'opérer la novation résulte clairement de « l'acte : qu'il faut encore qu'ils déclarent comment cette « novation s'est opérée, et qu'il ressort évidemment de « l'acte interprété que la position respective des parties « ou la nature de l'obligation a été changée d'une des « trois manières prévues par la loi; qu'en cet état, la Cour « de cassation a le droit et le devoir de comparer les dé- « clarations des juges avec les dispositions de l'art. 1271 « du Code civil;

« Attendu que, dans l'espèce, le contrat passé entre « les parties est un contrat de vente; qu'il a été stipulé « dans ce contrat que le prix de vente serait payable par « moitié en deux effets souscrits à l'instant au profit du « vendeur, échéant, l'un fin de juillet 1828, l'autre fin « d'août suivant; que, moyennant ces effets, il a été donné « quittance à l'acheteur; qu'on ne saurait induire de ces « dernières circonstances que le vendeur ait entendu re- « noncer au droit, qu'il tient de la loi, de demander la ré- « solution de la vente en cas de non-payement du prix;

« qu'elles ne sont point constitutives d'une créance nou-
« velle, et n'opèrent point l'extinction d'une créance an-
« cienne ; qu'elles ne sont relatives qu'au mode de paye-
« ment du prix de la vente; que des stipulations de cette
« nature, inhérentes et essentielles au contrat de vente,
« ne peuvent être considérées comme distinctes et sé-
« parées du contrat où elles sont inscrites, et de l'enga-
« gement dont elles sont une conséquence; qu'en admet-
« tant que, dans l'intention des parties, la création de
« lettres de change est stipulée dans un contrat de vente
« pour faciliter et consommer le payement du prix con-
« venu, elles entendent donner à une obligation civile les
« effets d'une obligation commerciale, il ne s'ensuit pas
« que la dette soit dénaturée, et qu'il y ait substitution
« d'une créance à une autre créance; d'où il suit qu'en
« jugeant le contraire et qu'en décidant qu'il y avait no-
« vation dans l'acte, l'arrêt attaqué a expressément violé
« les lois précitées, — Casse, etc... »

246. — Étudions cet arrêt avec l'attention qu'il exige à tous égards, et qu'il commande surtout au point de vue de la compétence.

La loi n'est qu'une formule exprimant un droit abstrait. Le droit en action naît du fait : *ex facto jus oritur*. Mais souvent le fait et le droit se touchent de si près, qu'ils sembleraient se confondre. C'est cependant leur point de séparation qui délimite la souveraineté des Cours d'appel et la suprématie d'un tribunal unique, sous la garde duquel la loi s'est placée elle-même. Tenu d'accepter le fait dans l'état souverainement fixé par les juges du fond, le tribunal conservateur de la loi a la grande mission de décider si la loi n'a pas été expressément violée au faussement appliquée à ce fait. Rien ne peut inficier l'arrêt d'un

tel juge ; il n'en connaît pas au-dessus de lui, et pourtant, si la même question vient à se présenter dans un autre litige, ses propres décisions antérieures n'enchaînent pas sa liberté, parce que c'est un juge en quelque sorte autocrate qui, par la nature même de ses attributions, ne relève et ne peut relever que de sa propre et seule autorité.

247. — Maintenant, lorsque le litige a pour objet une obligation conventionnelle, à quoi reconnaître ce point, où la souveraineté des Cours expire, et où commence la suprématie de la Cour de cassation ? C'est sur cette distinction que la Cour suprême a fondé son arrêt de compétence.

Un certain nombre de contrats ont une dénomination propre, et il en est d'innombrables sous la seule dénomination générique de *conventions*. La loi définit les premiers d'une manière fixe par une désignation littérale des choses qui en constituent l'essence ; à leur égard donc *forma dat esse rei*. Les autres ne sont pas définis ; ils ne pouvaient pas l'être, parce que la loi, laissant à la volonté mutuelle le libre choix des conditions de leur existence, ces conditions sont, par cela même, essentiellement variables. Rien donc ne les assujettit à telle ou telle forme. Tout ce qu'il en est dit dans la loi (art. 1107 C. civ.), c'est qu'ils sont soumis *aux règles générales sur les obligations conventionnelles*.

Cela posé, lorsqu'il est question d'un contrat sans dénomination propre, la Cour suprême est incontestablement compétente pour examiner si l'arrêt a expressément violé ou faussement appliqué ces règles générales. Mais, sous quelque aspect qu'il ait envisagé les choses constitutives du contrat, en tant que celles d'un contrat innomé, en

quelque sens qu'il en ait interprété les termes ou qu'il ait compris l'intention des parties, la Cour suprême est sans compétence. La raison en est sensible : la convention innomée ne doit pas sa forme intrinsèque à la loi, mais à la volonté seule des contractants; or, la Cour d'appel est souveraine interprète de cette même volonté.

Mais, si la convention litigieuse est un contrat nommé, nul doute sur la compétence de la Cour de cassation, et cela, par la raison inverse que la volonté commune, nécessaire en ce contrat comme en tous autres contrats, ne suffit pas à le former. Il y faut de plus la réunion de choses que la loi désigne, qui sont de son essence par cela même que la loi les spécifie, et sans lesquelles, par conséquent, il ne peut exister, *substantialia sine quibus consistere non potest.* Si l'une de ces choses manque, et que l'arrêt n'en ait pas moins proclamé l'existence du contrat, ou qu'il ne l'ait proclamée qu'en prenant une autre chose pour la chose substantielle qui manquait, une loi aura été violée ou faussement appliquée, et dès lors la Cour suprême est évidemment compétente, l'objet fondamental de son institution étant de réprimer les violations et les fausses applications de la loi. Or, la convention alléguée par Dugoulet, et dont Barbaud contestait l'existence, est celle qui, dans nos lois, est appelée *novation.* C'est sa dénomination propre; on ne connaît pas d'autres contrats sous la même dénomination, et la loi qui le définit est l'art. 1271 du Code civil.

La Cour suprême ayant donc à bon droit reconnu sa compétence, qu'avait-elle à faire? Elle nous le dit elle-même : il ne lui restait plus qu'à *comparer les déclarations des juges* (lesquels avaient admis la novation) *avec les dispositions de l'art.* 1271 (où il est dit comment la novation s'opère), et l'on a vu que l'arrêt fut annulé.

248. — Pour apprécier les motifs d'une décision si grave, objet d'un si long doute, et surtout pour en saisir la pensée dominante, il faut encore nous rappeler quelques notions élémentaires :

Il est des premiers éléments que la vente est parfaite, aussitôt l'accord formé sur la chose et le prix.

S'il a été dit, soit en quel temps, soit en quel lieu, soit de quelle manière le prix sera payé et la chose livrée, ou si l'on est convenu de tous ces points à la fois, voilà des pactes accessoires (*accidentalia*), qui ne sont ni le contrat ni aucun autre contrat. A la vérité, lorsqu'ils ont été débattus entre les parties, la perfection du contrat dépend de la leur. Aussi les a-t-on nommés *clauses-conditions*, dénomination très-juste, car, si l'on traite entre présents, et qu'on n'en tombe pas d'accord lors du contrat et sans désemparer, *in continenti* (1), on sera réputé n'être convenu de rien. Ils ont donc, à ce point de vue, absolument le même effet que les conditions suspensives. Mais, qu'ils soient dans le contrat ou qu'ils n'y soient pas, le contrat n'en subsiste pas moins et n'en reste pas moins le même : *Possunt adesse vel abesse, sine contractûs peremptione aut mutatione* (Faber, ad leg. 7, D., *De pact.*). La preuve, c'est que la vente est valable, quand je vous vends tel objet tel prix, aux clauses et conditions (2) qui seront ultérieurement convenues entre nous : *Venditio facta* con li patti e conditioni che si aggiusteranno d'accordo tra li contraenti, *perfecta est et valet* (Casareg., Disc. 34,

(1) *In continenti*, dit Hotom., *De verb. jur.*, *locutio est jurisconsultis familiaris, idem significans, quod sine ullâ temporis intermissione, è vestigiò, extemplò, continuo* (Ulp., L. 23, § 2, Scævola, L. 125, *De verb. oblig.*).

Pour le cas où l'on traite entre absents, V. *infrà*, n° 252, *in notis*.

(2) En cet endroit, le mot *conditions* n'exprime rien de suspensif; il n'y est, à bien dire, que comme un synonyme du mot *clauses*.

nos 5 et 6) (1). S'il y a dissentiment, *adeatur prætor*.

Il est encore des premiers éléments que le contrat de novation ne saurait exister, qu'il ne contienne deux contrats également sérieux et valables, dont l'un est substitué à l'autre, lequel est annulé, comme on l'a déjà dit, soit par l'incompatibilité des deux contrats, soit par la volonté expresse des contractants, ou résultant clairement de l'acte. Ces deux conventions, dit fort bien M. Toullier (t. 7, n° 271), *sont la condition l'une de l'autre.*

Deux autres notions non moins élémentaires : La lettre de change n'est pas le contrat de change ; mais elle implique ce contrat, ou en suppose un déjà formé (2). Or, le caractère propre du contrat de change, son caractère incompatible avec celui du contrat de vente, est d'obliger l'un des contractants à faire payer dans un lieu déterminé une somme déterminée, pour la valeur reçue de l'autre contractant, dans un autre lieu : *Cambium nihil aliud est quàm solutio pecuniæ in loco, pro alibi habendâ* (3).

Mais il est aussi de principe, premièrement, que le contrat de change ne peut se former sans la dation actuelle de la valeur, ou l'obligation contractée de la donner (Pothier, *Change*, n° 2) ; en second lieu, qu'on peut déguiser un contrat sous les apparences d'un contrat différent,

(1) Casaregis ajoute : *Et ratio est quià ejusmodi pacta non possunt esse nisi accidentalia, cùm sint apposita præter illa tria pretii, rei, consensus.*

(2) V. M. Pardessus, *Lett. de ch.*, t. 1er, n° 15, et les autorités qu'il indique. — « La lettre de change doit avoir pour base le contrat de « change; elle n'en est que le moyen d'exécution; comment pour-« rait-on qualifier lettre de change un papier qui ne serait pas le « résultat de ce contrat? » Cambacérès, V. Locré, art. 110 du Code de commerce. V. aussi *infrà*, § 3.

(3) Dans le premier membre de cette phrase de Casaregis, *pecunia* signifie de l'argent monnayé; dans le second, toutes espèces de valeurs, et tel est le sens générique du mot *pecunia*.

pourvu que les deux contrats n'aient rien de contraire aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ou l'ordre public : *Simulatio licita est de contractu licito ad contractum licitum* (Casareg., Disc. 169, n° 12). Alors le contrat simulé dégénère en un moyen d'exécuter l'autre. Par exemple, on voit tous les jours des donations faites et acceptées sous la forme d'un contrat de vente.

249. — Chacun de ces principes va trouver son application dans l'arrêt de la Cour suprême.

Et d'abord, de quoi s'agissait-il devant elle? De savoir si les lettres de change avait fait novation à la vente; et comme la novation *est toujours un contrat complexe*, on avait à décider si l'acte ne contenait qu'un contrat, ou s'il en contenait plus d'un. Or, la Cour suprême a décidé qu'il n'y avait pas eu novation : il a donc été jugé qu'il n'y avait qu'un contrat.

Mais pourquoi? Parce que *les lettres de change*, porte l'arrêt, *n'étaient relatives qu'au mode de payement du prix de la vente*.

Cependant, nous dit Pothier (1), la lettre de change *suppose*, *établit* même l'existence d'un contrat de change, *pecuniæ solutio in loco, pro alibi habendâ*, ce qui répugne à la cause du contrat de vente; car je ne puis à la fois devoir le prix du même achat *ex causâ empti* et *ex causâ cambii*. Nulle part on ne le sait mieux qu'à la Cour de cassation. On y a donc virtuellement jugé que les deux contrats de change étaient deux contrats simulés *pour faciliter et consommer* l'exécution de l'obligation *ex empto*, sans en créer une autre : *Actio actioni adduplicata est*.

La simulation des contrats de change réduisant les

(1) *Lett. de ch.*, n° 5 (V. aussi le numéro précédent, *in notis*).

lettres de change à l'état de pactes accidentels, il ne nous reste plus qu'à rappeler pourquoi la Cour suprême a jugé que ces pactes faisaient partie du contrat auquel ils accédaient, et qu'ils n'en changeaient pas la nature : c'est *dans le contrat de vente* lui-même qu'est insérée la stipulation du prix payable en deux effets (*contractu inest*), et ces effets ont été souscrits *à l'instant* (*sine ullâ temporis intermissione*). D'un autre côté, des stipulations de cette nature, inhérentes au contrat (*quæ contractu insunt*), ne sauraient être considérées comme distinctes et séparées du contrat où elles sont inscrites (*pars sunt contractûs*); et, quant à la quittance sans réserve, la simulation des deux contrats de change la rend évidemment conditionnelle. Le prix n'est donc pas payé, ni le contrat de vente dénaturé (M. Toullier, t. 9, n° 33).

Certes, on ne peut plus clairement exposer les règles du droit romain sur l'effet des pactes accidentels. La Cour de cassation, il est vrai, ne parle pas comme nous la langue de l'école; mais, au fond des choses, la pensée est la même.

250. — Maintenant, supposons entre Dugoulet et Barbaud un contrat de vente n'exprimant rien sur la manière dont le prix serait payé. Si, quelque temps après, Barbaud eût, *sans réserve*, quittancé le contrat, et tiré sur Dugoulet, qui les eût acceptées, deux lettres de change, valeur reçue en immeubles, aurait-il encore été jugé qu'il n'y avait pas eu novation? Assurément non. La Cour suprême eût répondu par les considérations négatives de celles qui ont motivé son arrêt. En posant les principes sur les pactes accidentels stipulés *in contractu* ou *in continenti*, la Cour suprême a donc implicitement déterminé l'effet inverse des pactes accidentels convenus *ex inter-*

vallo. Cette conséquence découle de sa décision par argument *à contrario sensu*. Si l'on a voulu déprécier ce mode d'argumentation (1), c'est qu'on a mal compris en quoi il consiste. L'argument *à contrario* est un bon ou un mauvais argument, selon qu'on en fait usage à propos ou mal à propos. Essentiellement vicieux lorsqu'on en tire une conclusion indirecte, il est inexpugnable s'il conclut directement : *Argumentum à contrario sensu non valet*, nisi fiat de sensu directo (Casareg., Disc. 129, n° 52). Papinien l'appelle *fortissimum argumentum*, et Faber en fait la remarque (2). Or, il n'est pas de milieu entre un pacte accidentel formé lors du contrat ou par une suite obligée du contrat, et un pacte accidentel formé depuis, sans obligation de le former (V. le numéro suivant).

251. — Tous ces principes ont une application naturelle au règlement de prix dont nous avons supposé l'espèce en commençant cette discussion (n° 237), et à toutes conventions dont le prix peut devenir l'objet depuis le contrat formé. Cependant il reste encore à faire une observation importante.

Un prix réglé *in continenti* est celui qui est réglé en valeurs que le vendeur reçoit *à l'instant*, et dont la remise est *inscrite* au contrat de vente. Telle était l'espèce Dugoulet et Barbaud. S'il est seulement dit dans le contrat qu'on réglera le prix en valeurs, qui seront remises et reçues plus tard, le règlement sera un pacte accidentel de la nature de ceux que nous appellerons *pacta ex con-*

(1) V. M. Toullier, t. 9, n° 33.

(2) Ad tit. *De verb. oblig.*, l. 56 (V. à sa date dans le *Journal du Palais*, ou dans les autres recueils, un arrêt parfaitement analogue rendu par la Cour de cass., chamb. civ., le 19 août 1811).

tractu (1). Ce règlement n'est pas dans le contrat, mais il en dérive comme une suite obligée, et, sous certains rapports, il n'y a point à le distinguer du règlement *in continenti*, parce que, en général (V. *infrà*, n° 255), pour déterminer la nature d'un contrat, on regarde comme fait ce qui devra l'être en conséquence du contrat : *Projàm facto habetur, quod ex contractu fieri oportet*. Voilà en quel sens il est vrai que la promesse de vente vaut vente. Il n'était donc pas nécessaire, pour empêcher la novation, que les lettres de change fussent remises *à l'instant* par Dugoulet à Barbaud. L'engagement de les donner eût suffi, et la Cour de cassation n'a pas entendu dire le contraire. Elle a signalé le fait, non comme indispensable, mais comme un motif de plus.

252. — Résumons : à moins que les contractants ne déclarent expressément dans le contrat de vente vouloir substituer une autre obligation à l'obligation de payer le prix, et éteindre celle-ci, le règlement du prix soit dans le contrat même, soit immédiatement à la suite du contrat, sans se séparer ni divertir à d'autres affaires (2), ou postérieurement fait en conséquence obligée du contrat, n'opère pas novation, de quelques valeurs que le règlement se compose ou doive être composé. Peu importe l'incompatibilité de l'obligation *ex empto* avec le contrat ou les contrats dont ces valeurs supposent ou établissent

(1) Cette dénomination nous paraît plus juste que celle des docteurs : *Pacta ex continenti conventa*.

(2) Lorsqu'on traite entre absents, tout est réputé fait *in contractu* ou *in continenti*, jusqu'à la perfection de l'accord inclusivement, tant sur les choses substantielles que sur les pactes accessoires. Plus tard, les pactes ne peuvent plus être que des pactes *ex intervallo* ou *ex contractu*.

l'existence. Ils sont réputés simulés, et n'avoir d'autre but que de *faciliter et consommer le payement du prix convenu.* La quittance sans réserve n'importe pas davantage, car tout ce qu'on en pourrait induire, ce serait la présomption de la volonté de nover. Or, la novation ne se présume pas ; et, quand la volonté de l'opérer n'a pas été littéralement exprimée, sa preuve ne peut jamais résulter d'un règlement de prix fait *in contractu, in continenti* ou *ex contractu.*

Les pactes postérieurs au contrat (formés *ex intervallo*), encore bien qu'ils aient rapport au payement du prix, n'opèrent même pas toujours novation (V. le numéro suivant). Mais ils l'opèrent chaque fois que l'intention de l'opérer résulte clairement de l'acte ; et chaque fois encore que la nature de la seconde obligation, ou des titres remis en conséquence de l'acte, *v. g.*, des lettres de change, est incompatible avec la nature de l'obligation résultant de la vente : *Novatio præsertim inducitur quandò secundus titulus aut contractus est diversæ naturæ aut qualitatis cum primo* (Casareg., Disc. 49, n° 21).

253. — Outre la novation par le seul changement de la dette entre les mêmes contractants (art. 1271, § 1er), on en connaît deux autres également reçues dans le droit civil et dans le droit commercial : c'est d'abord lorsque, en dénaturant ou sans dénaturer la dette (il importe peu), un tiers vient, au su ou à l'insu du débiteur (peu importe encore), se constituer débiteur en son lieu et place, et qu'il est agréé pour tel par le même créancier, à la décharge du débiteur primitif.

En second lieu (§ 3), *lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.* Que signifie



cette disposition de la loi? « Pothier (1), d'où cet article « est tiré, dit M. Toullier, t. 7, n° 274, doit servir à expli- « quer ce paragraphe un peu obscur. Il dit que *la troi-* « *sième espèce de novation est celle qui se fait par l'inter-* « *vention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur,* « *pour demeurer quitte envers son ancien créancier, de* « *l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque enga-* « *gement envers un nouveau créancier;* car, continue « M. Toullier, s'il avait le même, le nouvel engagement « ne produirait point d'autre effet que celui d'un transport « de créance, qui substitue, à la vérité, un créancier à un « autre, mais non pas une obligation nouvelle à l'ancienne: « par exemple, vous me devez 10,000 fr.; je vous tiens « quitte à condition que vous consentirez à Paul une obli- « gation de pareille somme.

« Si, au contraire, je vous tiens quitte des 10,000 fr., « à condition que vous donnerez à Paul tant de tonneaux « de vin, il y a substitution d'un créancier à un autre; « mais il y a aussi substitution d'une obligation à une « autre dont l'objet était différent, et, par conséquent, no- « vation. Cette sorte de novation est extrêmement rare. »

Malgré notre grand respect pour les opinions du savant professeur, surtout en ce qui a trait aux obligations conventionnelles, il nous paraît évident qu'il se trompe en cet endroit. Ce qu'il dit serait vrai, si l'on ne devait juger de la différence des deux engagements que par la différence de leurs objets. Mais on en juge aussi et plus sûrement encore par la différence de leur cause; *mutatâ* causâ, *vel statu obligationis*, dit Cujas dans ses paratitles sur le Code. Or, le désir ou l'intérêt qui vous porte à cesser de m'être débiteur pour le devenir de Paul est la

(1) *Des obligations*, n° 549.

cause pour laquelle vous lui consentez une obligation de 10,000 fr., et cette cause n'a rien de commun avec la cause de votre obligation envers moi. Voilà le vrai sens de la loi. Pothier nous l'avait expliqué d'avance en ces termes : « Lorsque la novation se fait avec l'intervention « d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la « différence de créancier ou de débiteur est une différence « suffisante pour rendre la novation utile, *sans qu'il en « intervienne d'autre* » (*des Oblig.*, n° 561). La novation n'est inutile que si le même débiteur consent au même créancier une obligation de la même nature. Alors, en effet, il ne se trouve pas de *nouvel engagement*, mais un acte récognitoire dont le seul effet est, de la part de l'acheteur, d'interrompre la prescription, ou d'y renoncer, si elle est acquise.

Remarquez bien, au surplus, que, pour transformer l'obligation primitive en une obligation nouvelle, il ne suffit pas d'en changer les stipulations accessoires; il faut que le changement tombe sur sa substance. Tel n'est pas, on le sait, l'enseignement de Pothier (*ibid.*, n° 560), suivant lequel quelques changements convenus *sur les accidents accessoires de l'obligation, comme sur le temps ou le lieu du payement, est une différence suffisante* pour opérer la novation. Nous ne dirons pas que Pothier fait erreur, car, de son temps, et comme il nous l'apprend lui-même (*ib.*, n° 559), si *cette novation ne* devait *pas facilement se présumer*, par cela même on pouvait la présumer plus ou moins difficilement. Mais de nos jours, point de présomptions admissibles, quelque persuasives qu'elles puissent être. Cela est aussi vrai dans le droit commercial que dans le droit civil (art. 1275). Toutefois on peut s'étonner qu'après avoir dit (même numéro) : « Il suffit « que, de quelque manière que ce soit, la volonté de faire « novation paraisse *si évidente, qu'elle ne puisse être ré-*

« *voquée en doute,* » ce grand jurisconsulte ait vu la manifestation d'une telle volonté, dans quelques modifications purement relatives à des pactes accidentels sur le temps ou le lieu du payement. « Des stipulations pareilles, « dit très-justement M. Toullier (t. 7, n° 276), ne sont « point incompatibles avec l'ancienne obligation ; » *non mutant statum prioris obligationis.* C'est aussi le sentiment de M. Pardessus (n° 220). Ajoutons que cette doctrine est la seule conforme à la raison des choses. Car une obligation ne subsiste point par ses accessoires qui, loin de la constituer, s'éteignent tous avec elle. L'obligation existe par les choses qui en constituent l'essence, et continue d'exister tant que ces choses existent.

254. — La lettre de change n'est pas, dans le commerce, le seul moyen de régler ou de payer en valeurs. On paye aussi ou l'on règle en billets à ordre, et en tous autres papiers de crédit dont la propriété se transmet sans les formalités civiles. Il en est même dont la transmission n'exige autre chose que la tradition matérielle du titre. Or, de ces divers moyens, les uns opèrent novation, par le seul fait de leur emploi, et nonobstant toutes protestations ou réserves; les autres l'opèrent aussi par ce seul fait, ou éteignent la dette sans la nover, mais alors seulement que les parties n'ont pas manifesté une intention contraire; d'autres, enfin, n'opèrent novation que sous condition : c'est ce que, dans le commerce, on appelle *sauf encaissement.* Essayons d'en marquer la distinction; rien n'importe plus. Mais il ne s'agit ici, ne l'oublions pas, que des contractants eux-mêmes dont aucun n'est failli, et de conventions postérieures à un contrat qui ne leur en imposait pas la nécessité; en d'autres termes, d'un pacte *ex intervallo.*

1° Des papiers de crédit et des moyens de payer par équipollence, opérant novation, ou éteignant la dette sans la nover, *etiàm invitis contrahentibus.*

255. — La lettre de change tirée sur un tiers par l'acheteur, pour le montant du prix, au profit du vendeur qui la reçoit, ou par le vendeur sur l'acheteur qui l'accepte; celle qu'un tiers a tirée sur une autre personne, et que l'acheteur transmet au vendeur par la voie de l'ordre à titre de propriété, ou que l'acheteur a tirée lui-même à son propre ordre sur un tiers, et qu'il transporte au vendeur par un endossement régulier, autant de novations à l'engagement de payer le prix de la vente (1). La raison en est simple : pour que la novation s'opère, il suffit, on vient de le voir, de changer la cause ou l'état substantiel de la première obligation, *mutatio causæ vel statùs obligationis*. La substitution d'une lettre de change à l'obligation *ex empto* ne la nove pas, il est vrai, dans son objet matériel, qui n'en reste pas moins une somme d'argent; mais la cause est changée, car la cause du contrat de change, dont la lettre de change n'est que la conséquence et le moyen d'exécution (2), n'est évidemment

(1) De ces quatre hypothèses, il n'en est qu'une seule (la première) où le contrat de change soit réellement formé entre l'acheteur et le vendeur. Mais, dans les trois autres hypothèses, il intervient une accession au contrat, soit par l'acceptation de la lettre de change, soit par l'endossement passé et reçu à titre de propriété, et cette accession suffit à innover l'obligation *ex empto*. Qu'y a-t-il de commun et de différent entre l'accession au contrat et le concours à sa formation? Ce n'est pas ici le lieu de l'expliquer. Voyez cependant *infrà* le § 3.

(2) *Litteræ cambiales non sunt de substantià cambii, sed inserviunt tantùm pro illius executione* (Casareg., Disc. 52, n° 4). V. *suprà*, n° 224, *in notis circà finem*.

pas la même cause que la cause pour laquelle l'acheteur s'est obligé par le contrat de vente. Nous en avons signalé la différence, et cette différence n'est pas seulement *suffisante pour rendre la novation utile, sans qu'il en intervienne d'autres* (1) ; elle implique l'incompatibilité des deux obligations; c'est une novation *ipso facto*.

Dès lors, il est très-indifférent que le contrat soit quittancé ou ne le soit pas; car, lorsque le vendeur soutient ne s'être abstenu de donner quittance que pour se réserver le droit de résoudre la vente en cas de non-payement de la traite, l'acheteur peut répondre à bon droit que, s'il ne l'a pas exigée, c'est qu'il n'en avait nul besoin.

En effet, sa quittance ou décharge est dans le fait générateur de la novation, et ce fait, les parties l'ont voulu, les parties l'ont consommé *ex intervallo*, postérieurement à la vente. Il n'y eut donc qu'un seul contrat, le contrat de change, lors de la remise et de la réception de la lettre de change; partant, point de simulation possible d'un contrat à un autre. Or, s'il n'y a pas là novation accomplie, pourquoi s'en opère-t-il une irrévocablement du contrat de prêt au contrat de dépôt, et réciproquement, ou de l'un de ces contrats au contrat de constitution de rente, de la lettre de change à la prime d'assurance, et de la passation de la prime au compte courant (2)?

Dans le commerce, on connaît fort bien cette sorte de novation, et, pour la distinguer du *sauf encaissement*, on l'exprime en disant que le débiteur *ne doit plus qu'à sa signature*. C'est une locution consacrée.

Il y a plus : dans l'espèce, les parties auraient littéra-

(1) Expressions de Pothier en parlant de la novation par le changement du débiteur ou du créancier.

(2) V. Emérigon, chap. 3, sect. 6.

lement déclaré ne vouloir en rien nover, que la novation n'en serait pas moins opérée sans retour, parce que, d'une part, comme le dit Pothier (1), *une protestation ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte* (ejus quod actum est), et que d'ailleurs une obligation éteinte ne peut plus se rétablir.

Jusqu'à ce moment nous avons suivi la doctrine de M. Toullier sur la novation par l'incompatibilité du premier contrat avec le second contrat formé *ex intervallo*; ici nous avons le regret d'en séparer la nôtre.

Le système de ce jurisconsulte se résume en ces termes: Par rapport aux tiers (fidéjusseurs ou créanciers), la novation *ratione incompatibilitatis* est irrévocable; mais, relativement aux parties, elle est contractée sous la condition résolutoire *si la seconde obligation n'est pas exécutée.* C'est, dit M. Toullier, la conséquence d'une règle que les glossateurs ont tirée de la loi 98, D., *De solut. et liberat.*, et cette règle, qu'il rapporte en ces termes: *Obligatio, sive actio semel extincta non reviviscit*, nisi justa causa subsit, ex quâ æquitas subveniat, le savant professeur l'applique à l'espèce d'une vente, convertie en une rente annuelle et perpétuelle dont le rachat est exigé faute de payement de cette rente pendant deux ans. « Il serait contraire à l'équité, continue M. Toullier, qu'un créancier de bonne « foi, qui a consenti à éteindre une précédente créance « pour lui en substituer une nouvelle, fût privé de ses an- « ciens droits vers le débiteur, lorsque la seconde obliga- « tion est anéantie par un événement dont celui-ci doit « répondre » (t. 7, n° 306).

Une argumentation dont la conséquence est si grave

(1) *Oblig.*, n° 559, 2e édit., p. 113, où l'on paraît avoir fait prétérition d'un numéro.

est-elle solidement établie sur la règle que M. Toullier invoque, et qui en est la base unique? Il semble permis d'en douter, et, pour notre compte, nous ne pouvons le croire.

La loi romaine dit simplement : Une obligation éteinte à perpétuité ne peut plus se rétablir : *In perpetuum sublata obligatio restitui non potest.* Cette loi exprime une vérité conforme à la nature des choses. De quel droit des glossateurs y ont-ils fait une addition qui la détruit? Car c'est bien la détruire que de mettre dans le domaine de l'équité, c'est-à-dire à la discrétion du juge, *l'effet nécessaire et essentiel* des contrats, quand les parties elles-mêmes sont impuissantes à empêcher cet effet. Or, nous dit encore Pothier, qui traite la question sans distinguer entre les contractants et les tiers, dont il ne parle même pas en cet endroit : « Il est de l'essence du contrat de « constitution de rente, qui est un contrat réel, que celui « qui constitue la rente reçoive le prix de la constitution. « Lorsque mon débiteur d'une certaine somme, *putà* de « 1,000 livres, me constitue pour cette somme 50 livres « de rente, il faut donc qu'il reçoive la somme de 1,000 li- « vres pour le prix de la rente qu'il me constitue, et il ne « peut être censé la recevoir que par la quittance que je « lui en donne en payement de la rente qu'il me constitue. « Cette constitution de rente renferme donc une quittance « que je lui donne de cette somme ; elle renferme une « compensation de la dette de cette somme dont il m'était « débiteur, avec pareille somme que je devais lui donner « pour le prix de la rente qu'il me constitue : or, il est « évident que cette quittance, cette compensation éteint « cette dette et forme une novation. »

Ce raisonnement de Pothier nous paraît sans réplique. Nous n'admettons donc pas une distinction qui répugne

autant à la loi romaine, où des glossateurs (1) ont prétendu la voir, qu'à l'intention de son auteur (2). Si deux contrats synallagmatiques ne peuvent coexister, et que l'un se soit fait depuis l'autre, leur incompatibilité éteint la première dette *ipso facto*. Les protestations contraires seraient inutiles : *Novatio inducta ratione incompatibilitatis non tollitur per contrariam protestationem* (Casaregis, Disc. 21, n° 10). Or, le moyen de résoudre une obligation qui n'est plus?

La novation s'opère encore *ipso facto* par la passation convenue et effectuée du prix de la vente en compte courant (V. t. 3, n° 326).

Car il est de l'essence du contrat de compte courant qu'une valeur soit fournie à celui qui crédite ; autrement, le crédit accordé serait un crédit sans cause, une pure donation. Je ne peux donc vous créditer du montant de mon achat, *putà* de 1,000 francs, que je ne reçoive cette somme pour le crédit que je vous donne, et je ne puis être censé la recevoir que par la quittance que vous me donnez du prix, laquelle est dans la compensation de ce prix par votre crédit chez moi. Ainsi, la passation du prix en compte courant en opère virtuellement la numération, comme il s'opère une tradition virtuelle de la chose vendue que l'acheteur possédait déjà à quelque autre titre.

Cela posé, la novation *ipso facto* est de toute évidence, l'acheteur ne pouvant pas plus devoir à la fois la même

(1) Nous ignorons lesquels; M. Toullier ne les nomme pas. De leur nombre est probablement Accurse, dont Faber dit : *In cujus magnà glossà non ferè minùs sunt verba quàm errata.*

(2) La loi est de Paul, dont on connaît la prédilection pour la doctrine des Sabiniens, selon lesquels le plus léger changement, même *in naturalibus aut accidentalibus*, opérait novation (V. *suprà*, n° 243 *in notis*).

somme à titre de vente et à titre de compte courant, qu'à titre de vente et à titre de prêt où de mandat (1) ; et, nous le répétons, telle est l'énergie de cette incompatibilité, qu'il ne sert à rien de protester contre : *Anzi è di tanto peso questa incompatibilità, che se la parte si protestasse in contrario alla novazione, questa protestà niente opera* (De Jorio, lib. 4, part. 1, tit. 52). C'est une règle-maxime fondée sur le bon sens que, quand l'action est contraire à la protestation, la protestation est stérile : *Qui protestatur et agit, nihil agit.*

Mais la passation du prix en compte courant est une dation en payement qui ne s'opère pas *solo consensu.* Si donc, de part et d'autre, on omet d'en faire écriture sur

(1) Quand vous me mandez de placer pour votre compte, en rentes sur l'Etat, les 10,000 fr. que vous m'avez vendu vos cafés, ce mandat, si je l'accepte, implique une quittance que vous me donnez du prix.

Un mandat peut aussi être nové par un autre mandat (V. Casareg., Disc. 21, nos 4 et 10).

Nous engageons la jeunesse studieuse à lire ce discours. L'auteur y pose un grand nombre de principes relatifs à la novation commerciale, en rendant compte d'une cause qu'il avait défendue *coràm illustrissimo magistratu conservatorum maris*, et dont voici brièvement l'espèce :

Un marchand qui avait chargé des tabacs sur un navire loué à cueillette, donna *plus tard* au capitaine l'ordre de les vendre. Arrivé à sa destination (Gênes), où le navire et la cargaison avaient un consignataire désigné, le capitaine dépose son manifeste à la douane, et débarque toutes les marchandises, moins les tabacs avec lesquels il s'esquiva du port, dit notre auteur, *ob metum carceris ei à nonnullis creditoribus illatum.* Question, entre le consignataire et le chargeur, de savoir si le mandat de vendre avait fait novation au mandat de transporter, et Casaregis, qui soutenait l'affirmative, gagna le procès.

De Jorio en fait mention et ajoute : *Tutti dottori sostengono la novazione, quando vi è un contratto* POSTERIORE *incompatibile col primo, e vogliono che la novazione per tal' effetto ne sia una necessaria conseguenza* (loc. cit.).

les livres, le vendeur non payé peut résoudre la vente.

Il est vrai que, en général, pour juger si la novation s'est faite ou ne s'est pas faite, une seule chose est à considérer, la nature du contrat (exécuté ou non exécuté, peu importe), et que l'incompatibilité des deux obligations nove la première immédiatement et nécessairement : *La novazione nasce subito della creazione del nuovo contratto innovativo del primo; poco e nulla importa che siasi data, o nò esecuzione* (Casareg., Disc. 198, n° 12). En d'autres termes : *Pro jàm facto habetur quod ex contractu fieri oportet.* Mais ce principe est exclusivement applicable aux contrats consensuels. On ne l'applique pas aux contrats réels, c'est-à-dire à ces contrats *où il est nécessaire*, comme le dit Pothier (*Oblig.*, n° 10), *qu'il intervienne quelque chose outre le consentement*, et de ce nombre est la convention dont il s'agit. En compte courant *contrahitur litteris* (1).

La raison en est sensible : pourquoi la passation du prix en compte courant opère-t-elle novation? On vient de le dire : c'est que le crédit donné est la compensation du prix; que la compensation emporte quittance, et la quittance extinction de la dette; *tùm liberatio contingit.* Mais une quittance à futur ne se conçoit pas; ce serait un *non-sens.* Toute quittance qui ne masque pas une libéra-

(1) V. de Jorio, part. 1, lib. 4, tit. 11, dont la rubrique est : *Delle obbligazioni mercantili che nascono delle lettere.* Le savant auteur pense que les livres sont dans le commerce ce qu'étaient dans l'antique Rome (avant la translation de l'empire à Constantinople) les livres où chaque père de famille *scriveva quel che esigeva, o spendeva il giorno* (comme chez nous chaque commerçant « est tenu d'avoir un « livre-journal qui présente, jour par jour (*il giorno*)... tout ce qu'il « reçoit et paye, art. 8 C. comm.). » De Jorio ajoute que ce qui était inscrit à l'actif ou au passif sur les livres du père de famille, constituait *l'obbligazione delle lettere.*

lité, suppose essentiellement soit la numération antérieure ou actuelle de la somme, soit la transmission actuelle ou préalable de la chose ou valeur qui en est la représentation convenue. Cette valeur, dans notre espèce, devait être un crédit, et ce crédit est resté à l'état de promesse. Or, on n'éteint pas une dette en promettant deux fois de l'éteindre; il faut que l'effet s'ensuive. Jusqu'à ce temps, l'obligation subsiste, *durat obligatio*, et, si l'obligation subsiste, le vendeur non payé peut, à bon droit, en demander la résolution.

Mais, pourvu qu'il ait passé le prix sur ses livres au débit de l'acheteur, l'omission par ce dernier de lui en donner crédit est indifférente.

Car la même convention qui imposait à l'un le devoir d'en créditer l'autre, conférait à celui-ci le droit de l'en débiter. Or, porter avec juste cause à mon débit le prix de mon achat, c'est, de votre part, vous constituer valablement sur moi une nouvelle dette active (*novum nomen facere*) incompatible avec la précédente. Il y a donc novation *ipso facto.*

Si la passation du prix en compte courant ne s'opère pas *solo consensu*, à plus forte raison la simple promesse de donner et de recevoir une chose corporelle *in solutum* ne suffit pas à éteindre l'obligation *ex empto.*

Tel n'est pourtant pas l'enseignement de M. Troplong. Suivant ce jurisconsulte (*Vente*, n° 7), l'art. 1583 du Code civil gouverne aussi bien la dation en payement que la vente proprement dite, et dès lors, le transport de la propriété s'opérant et devant s'opérer par le seul consentement, le débiteur du prix ne peut pas plus valablement promettre une chose *in solutum*, qu'il ne peut la vendre, s'il n'en est pas propriétaire à l'instant même de la vente ou de la promesse.

Un pareil système, nous croyons l'avoir démontré (1), répugne également à la constitution de l'homme et à la nature des choses. Aussi n'est-il pas admis dans le droit commercial.

Le plus fort argument de M. Troplong au soutien de cette innovation plus qu'inutile (2) est puisé dans l'article 1599, qui déclare nulle *la vente de la chose d'autrui.* Mais le savant magistrat n'argumente ainsi qu'au point de vue du droit civil. Il reconnaît, sans difficulté, que la prohibition ne s'étend pas à la vente commerciale (*Vente*, n° 232.) Or, si l'art. 1599 ne régit pas cette vente, l'article 1583, dont il n'est que la conséquence, ne la régit pas davantage. Les achats et ventes du commerce ont donc été laissés sous l'empire du droit naturel, *et se gouvernent par les seules règles tirées de ce droit* (3) qui n'exige pas le transport de la propriété pour que le contrat soit parfait.

En prenant pour point de départ la doctrine adoptée par la jurisprudence civile (4) depuis la promulgation du Code civil, que le propriétaire seul peut vendre, et que la propriété se transmet *nudis conventionibus*, on est forcé d'admettre avec M. Troplong qu'il n'y a plus à distinguer, quant à la transmission, entre la vente et la dation en payement. Mais, dès qu'il est reconnu par lui-même et par tous que cette innovation est étrangère au commerce, il faut bien en revenir aux anciens principes, selon lesquels

(1) T. 1, n°s 15 et suiv.; t. 4, n°s 4 et suiv.

(2) Elle embarrassa beaucoup alors qu'il s'agissait de reviser la législation hypothécaire.

(3) Pothier, *Vente*, n° 1.

(4) V. t. 1, n°s 119, 120, *in notis*, pourquoi nous disons que cette doctrine est plutôt adoptée par la jurisprudence civile, que consacrée par le Code civil lui-même.

l'obligation du vendeur n'est pas de transmettre à l'acheteur la propriété de la chose vendue, mais seulement de lui en garantir la possession libre et paisible : *Hactenùs tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiàm ut ejus faciat* (L. 30, § 1, D., *De act. empt.*).

Il n'en fut jamais ainsi de la dation *in solutum.* « Le « contrat de vente, nous dit Pothier (*Vente*, n° 601), est « un contrat consensuel qui est parfait par le seul con- « sentement des parties avant aucune tradition ; la dation « en payement ne se fait que par la tradition, et même « par la translation de la propriété de la chose donnée en « payement ; » *non videntur data quæ, eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt* (L. 167, *De div. reg. jur.*). D'ailleurs, quand je vous donne une chose estimée entre nous 20,000 fr., en payement des sucres que vous m'avez vendus 20,000 fr., mon intention est bien moins de vendre que de payer ; la vôtre, beaucoup plus d'être payé que de contracter un achat.

On conçoit très-bien la perfection du contrat qui m'oblige à vous livrer tel objet moyennant tel prix. Mais *donner* en payement est un fait matériel et libératoire qui ne peut s'accomplir sans la transmission actuelle de la propriété. Or, suivant le droit naturel qui, en matière de vente, est le droit commercial, la propriété ne peut se transmettre sans la tradition : *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur* (L. 20, C., *De pact.*).

Quoi qu'en disent des auteurs modernes qui ont écrit sur le droit commercial (1), il ne suffit donc pas, pour qu'il y ait novation, de convenir que le prix sera payé en quelque autre chose que la somme stipulée, *v. g.*, en telle

(1) V. entre autres, M. Pardessus, n° 221.

marchandise. La même différence existe entre cette convention et la dation en payement, qu'entre la promesse de compter le prix et sa numération effective.

Il ne faut pas en conclure que, si vous m'avez promis votre bateau à vapeur estimé entre nous 70,000 fr., en payement de mon brick que vous m'avez acheté pareille somme, cette convention ne soit pas obligatoire. Mais elle ne constitue pas la dation *in solutum*. Tant que le prix n'est pas payé, l'obligation de le payer subsiste ; et comme la chose à donner n'est que la représentation de ce prix, l'obligation *ex empto* subsiste également tant que la dation n'est pas faite. Par conséquent, dès que je vous ai mis en demeure de le faire, il est à mon choix de poursuivre l'exécution du second engagement ou de résoudre le premier; et c'est ici un droit que je n'aurais pas si la novation s'était opérée.

Enfin, du double principe que la dation en payement ne s'opère pas sans le transport de la propriété, et que, dans le droit commercial, la propriété ne peut être acquise *solo consensu*, il suit, contrairement à l'art. 1583 du Code civil, que, si la chose vient à périr avant sa tradition, et que le vendeur ne soit pas en demeure, le promettant n'en devra pas moins le prix de son achat, ce qui n'aurait pas lieu s'il y avait eu novation.

Non-seulement la simple promesse de donner une chose en payement n'opère point novation ; la novation ne s'opère même pas par la dation de la chose.

Car, si la dation est utile, c'est-à-dire si elle a irrévocablement transmis la propriété, la première et la seconde obligation sont parfaitement exécutées, l'une et l'autre. Tout est consommé. Or, quand la novation s'opère, il en surgit à l'instant un nouvel engagement qui n'est pas encore exécuté.

Si, au contraire, la chose vient à être évincée, la propriété n'ayant pas été incommutablement transmise, la dation est nulle, et la première obligation n'a pas cessé : *Non videtur solutum quod non durat solutum.*

En résumé : simplement promise, la dation en payement n'a pas d'effet libératoire, faute d'avoir transmis la propriété : *non nudis pactis*, etc.; effective et valable, son effet n'est pas de substituer une obligation à une autre, laquelle est éteinte (caractère propre de la novation), mais d'éteindre par l'exécution les deux obligations à la fois; effective et nulle, elle est de nul effet : *Datio in solutum, quando fuit nulla, reviviscunt primæva jura* (Casareg., Disc. 42, n° 5) (1).

Il n'est donc pas d'hypothèse, à quelque point de vue que ce soit, où la dation d'une chose corporelle *in solutum* opère novation.

Plus difficile est, au premier aspect, la question de savoir si, lorsque le vendeur a reçu des billets de banque, lesquels sont des billets au porteur et payables à vue, la dette du prix est éteinte *ipso facto*, nonobstant la convention que, si les billets ne sont pas payés, l'obligation *ex empto* n'aura pas cessé d'exister.

Pour la négative, on peut dire : Une banque publique légalement autorisée, *v. g.*, la Banque de France, n'est qu'une association anonyme, par actions, et, simples bailleurs de fonds, les actionnaires ne sont tenus de

(1) Il faut voir ce discours. Le mot *reviviscunt* dont Casaregis se sert exprime une idée fausse puisée dans certains docteurs. D'autres docteurs nous disent que l'action ne ressuscite pas, mais qu'elle se réveille : *Non à morte, sed à somno resurgit.* Au fait, une dation qui ne transmet pas la propriété ne peut éteindre la dette. Pourquoi donc ces fictions et ces métaphores évidemment inutiles et contraires à la nature des choses?

ses engagements que jusqu'à la concurrence du montant des actions dont ils sont propriétaires (1). Or, le fonds capital peut périr, *v. g.*, par un incendie, une invasion étrangère, etc. D'un autre côté, à la différence d'une chose corporelle reçue *in solutum*, laquelle a sa valeur propre, le billet de banque est une obligation (*nomen*), un papier de crédit sans valeur intrinsèque : *in jure consistit.* Pourquoi donc ne pourrait-on pas stipuler valablement que, si ce billet vient à n'être pas payé, l'obligation *ex empto* ne sera pas éteinte.

Tout spécieux qu'est l'argument, il ne conclut pas; car, soit que le payement se fasse au lieu même où la banque existe, soit qu'il s'opère en un autre lieu, quelque éloigné qu'on le suppose, la réception des billets, *nullo jure cogente* (2), est un fait par lequel le créancier déclare qu'il lui convient moins d'en avoir l'argent chez lui qu'à sa disposition à la banque, et, dès lors, c'est comme s'il l'y eût déposé lui-même. Cet argent, il l'a tout aussi bien reçu *brevi manu* que si les espèces lui eussent été comptées (3), et protester contre ce fait, ce serait ne rien faire. Par conséquent les billets de banque ont éteint la dette *ipso facto*, sans le secours de la novation. C'est le cas de dire avec Faber : chaque fois que la novation s'opère, elle éteint la première obligation ; mais il ne s'ensuit pas qu'il y ait novation, chaque fois que la première obli-

(1) Statuts de la Banque de France, du 25 vendémiaire an x, art. 1er.

(2) V. *suprà*, n° 226, *in notis*.

(3) Si vous m'avez vendu des sucres 10,000 fr. et que, pour payer ce prix, je vous donne quittance des 10,000 fr. dont vous m'étiez débiteur antérieurement à la vente, cette quittance est de l'argent, *numerata pecunia* (V. Pothier, *Contr. de constit.*, n° 34). On voit l'analogie.

gation est éteinte : *Quotièscumque fit novatio, tollitur prior obligatio, sed non è converso, quotiès prior obligatio tollitur, novatio fit* (Ad leg. 27, D., *De pact.*); distinction importante, puisque la novation laisse toujours une obligation à remplir (V. le numéro qui suit).

Ce que nous avons dit de la lettre de change, il faut aussi l'entendre du *billet à domicile* (1) ; car, si l'on doit les distinguer sous certains rapports, ils se confondent en ce sens que l'un et l'autre emportent obligation de remettre *de place en place*, caractère essentiel et distinctif du contrat de change, incompatible avec le contrat de vente. Le billet à domicile, reçu *ex intervallo* en payement du prix, nove donc la dette irrévocablement *ipso facto*, ni plus ni moins que la lettre de change. Mais ce sont les seuls papiers de crédit qui produisent cet effet, et l'on n'en connaît pas d'autre non plus que les billets de banque, éteignant l'obligation sans la nover, malgré la déclaration des parties de ne vouloir l'éteindre qu'en lui en substituant une autre par la novation. Tout cela sera prouvé dans la section suivante.

2° Des moyens de payer équivalemment, et des papiers ou valeur de crédit, qui, selon le droit commercial, emportent novation o éteignent la dette sans la nover, à moins qu'une volonté contraire ne soit manifestée.

256. — Si nous venons de voir la novation tantôt

(1) La différence entre le billet *à ordre* et le billet *à domicile*, qui est aussi un billet à ordre, c'est que par le billet à ordre le souscripteur s'oblige à en payer le montant chez lui, tandis qu'il s'oblige à payer le montant du billet à domicile, chez la personne au profit de laquelle il l'a souscrit, ou dans tout autre lieu convenu, ce qui constitue bien la remise de place, en place; *translatio pecuniæ de loco in locum.*

opérée, tantôt empêchée contre le gré des contractants, c'est que nul ne peut rien contre la force des choses, laquelle résiste à la simultanéité de deux obligations inconciliables, et qu'on proteste en vain contre son propre fait librement accompli, quand ce fait est contraire à la protestation : *factum est potentius verbis*.

A part ces obstacles invincibles et les prohibitions d'ordre public, la volonté peut tout, et la convention règle tout, en matière d'obligations conventionnelles. Il est donc aussi des moyens de payer équivalemment, et des papiers ou valeurs de crédit qui, à la vérité, employés ou reçus sans restrictions ni réserves, noveraient la dette en l'éteignant ou l'éteindraient sans la nover, mais auxquels la volonté de l'homme peut en ôter le pouvoir, parce que ce ne sont pas là des conséquences essentielles et nécessaires de l'acte. Toutefois, une condition *sine quâ non* est requise : il faut que cette volonté soit manifestée ; sinon, la novation s'accomplit, ou la dette est éteinte *absque ullâ novatione*. C'est ainsi que les choses qui sont de la nature d'un contrat s'y trouvent toujours tacitement comprises, lorsqu'on n'a pas manifesté l'intention de les en exclure.

Un moyen de payer sans numération, journellement mis en usage, et dont le commerce surtout retire une immense utilité, c'est la *délégation*. Il faut donc savoir en quoi cette opération consiste, quels en sont les résultats, et comment on la négocie.

La novation s'accomplit, ou le débiteur restant le même, ou le débiteur changé : *O restando l' itesso debitore, o cambiandosi la sua persona* (De Jorio, *loc. cit.*). Dans l'une de ces hypothèses, la dette est changée en une autre qui l'éteint; dans l'autre, c'est le débiteur qui change. La novation tombe donc ou sur la chose, ou sur

la personne. Au premier cas, la novation ne prend pas d'autre nom ; c'est la novation *in specie*, la novation proprement dite. Au second cas, la novation qui s'opère est ce qu'on nomme, en droit, la *délégation*. Point de délégation où la novation ne se trouve; mais il se peut que la novation existe, et que la délégation ne s'y trouve pas : *Nella delegazione sempre ritrovasi la novazione; ma nella novazione non sempre la delegazione* (De Jorio, *ibid.*).

Cette distinction n'est pas purement nominale; son importance est réelle. Car la délégation a plus d'étendue dans ses effets que la novation n'en comporte.

A la vérité, par la novation, le débiteur se trouve libéré de son obligation primitive; mais il en contracte une autre, et reste toujours débiteur. Par la délégation, au contraire, la dette du délégué envers celui qui le délègue, devenant la créance du créancier et passant à ses risques, la libération du déléguant est absolument la même que si le délégataire eût reçu des espèces : *Chi delega paga* (De Jorio, *ibid.*).

Mais, pour qu'il en soit ainsi, la délégation doit être parfaite; cela est sensible. On vient de voir en quoi cette opération consiste, et le principal effet qui en résulte. Il nous reste à montrer quelle en est la forme intrinsèque (*id quod dat esse rei*), ce que sa perfection exige.

Nul ne peut être engagé par les conventions d'autrui, à moins qu'il n'y ait souscrit d'avance ou qu'il n'y accède plus tard : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus*. Il est donc également impossible de changer malgré moi mon débiteur, et de contraindre un tiers à m'avoir pour créancier à la place du sien : *Delegari neque invito potest aliquis, neque invitus* (Don., lib. 16, cap. 20, § 2). Par la même raison, le débiteur ne peut davantage être contraint à déléguer personne. Consé-

quemment, la délégation est un contrat qui ne saurait exister sans le concours de trois individus au moins : le créancier, le débiteur et un tiers qui promette, *animo novandi*, de payer la dette au délégataire, ou, de son ordre, à quelqu'un qu'il indique : *Delegare est vice suâ alium reum creditori dare, vel cui jusserit* (L. 11, D., *De novat. et delegat.*). Nous disons qui *promette*, car, si je dis ou si j'écris à Paul de payer ce qu'il me doit à Salomon, point de novation, ni, par cela même, de délégation. C'est un mandat, ou, plus exactement, une rescription : *Delegatio est, cùm creditor mandat debitori suo ut, quod sibi debet, Titio* promittat ; *non autem ut* solvat, *nam hoc casu non fit novatio* (Hotom., Cons. 13, n° 5).

Mais il n'est pas de l'essence du contrat que le délégué soit débiteur de celui qui fait la délégation (1). Débiteur ou non, il suffit qu'il s'oblige envers le créancier au profit de qui la délégation est faite.

Il n'est pas requis non plus que l'accord des volontés se forme au même instant. Si je m'engage envers vous à vous *expromettre* envers Jacques qui ne contracte pas avec nous, à proprement parler, ce n'est pas là une délégation imparfaite ; c'est une délégation commencée, *inchoata delegatio*, qui s'achèvera et deviendra parfaite *uno momento*, dès l'instant où Jacques aura sciemment ap-

(1) Ce principe n'a pas toujours été admis sans contradiction. Des auteurs ont prétendu que l'essence du contrat exige que le délégué soit débiteur du déléguant, et de leur nombre est Casaregis, qui s'exprime en ces termes : *Tria sunt requisita delegationis* : quod delegatus sit debitor delegantis ; *quod delegatus promittat de mandato delegantis, et quod tanquàm debitor promittat, quibus concurrentibus inducitur novatio* (Disc. 78, n° 18). Mais cet enseignement est contraire à la loi 11, D., *De novat. et delegat.*, dont nous venons de transcrire le texte.

prouvé la substitution projetée. S'il s'y refuse, *nil actum intelligitur*; notre conviction ébauchée s'évanouit.

Idem juris est, quand la délégation se commence, soit entre le débiteur et le créancier, soit entre celui-ci et le tiers *expromissor*. En aucun cas, le contrat ne peut être parfait sans le concours des trois volontés. Il ne suffit donc pas que le délégué s'oblige ; il faut de plus que le délégataire accepte : *La delegazione allora sarà perfetta quando il debitor delegato promette di pagare, o di compensare al creditore mandatario (le délégataire)*, e questi accetta (De Jorio, *loc. cit.*).

On ne doit pas en conclure que les deux parties (*v. g.*, l'acheteur et le vendeur) entre lesquelles une délégation se commence, ne puissent pas contracter, l'une envers l'autre, des engagements qui seraient obligatoires à leur égard, quand bien même le délégataire indiqué viendrait à refuser son concours. Mais alors la convention n'est pas le contrat de délégation. Voici un exemple pris dans le *Journal du Palais*, 1832, p. 1012 :

Une somme de 800 fr. était due par Audoüin à Beaudoüin. Lignac, gendre de celui-ci, voulant lui assurer le recouvrement de sa créance, achète d'Audoüin une certaine quantité de vins, et stipule qu'il en conservera le prix, jusqu'à ce que son vendeur l'ait autorisé à verser entre les mains de Beaudoüin les 800 fr. dont il s'agit, *clause sans laquelle le marché n'aurait pas eu lieu.* Beaudoüin n'ayant pas ratifié, Audoüin assigne Lignac en payement du prix entier. Débouté en première instance, il soutient en Cour d'appel *que, l'indication par lui faite à Lignac d'un créancier auquel il devait payer, étant restée imparfaite par le défaut d'acceptation de ce créancier, la novation n'avait pu s'opérer ; que dès lors il conservait le droit de demander au débiteur délégué le payement de son*

prix. Mais la Cour confirme : « Attendu que si la délégation imparfaite peut être révoquée par le créancier déléguant, lorsqu'elle a eu lieu dans son seul intérêt et qu'elle « est l'effet de son seul consentement, il ne peut en être « ainsi lorsqu'elle a été stipulée par le débiteur délégué, « et dans son intérêt particulier ; qu'il ne dépend pas du « créancier de révoquer, par son seul fait, une conven« tion qui s'est formée par le concours de deux volontés » (Bordeaux, 3 mai 1832).

Quoique cet arrêt soit juste et régulier dans son dispositif, il n'en blesse pas moins, dans ses motifs, les vrais principes en matière de délégation.

Sans doute, il y a délégation imparfaite, ou, plus exactement, délégation commencée, *inchoata*, tant qu'il est incertain si le délégataire ratifiera ou refusera de ratifier. Mais dès que son refus est certain, la convention s'évanouit en tant que délégation, et il n'en reste pas plus d'imparfaite qu'il n'y en avait eu de parfaite, une délégation imparfaite ne pouvant être qu'une délégation susceptible d'atteindre sa perfection. Audoüin raisonnait donc juste, si l'on eût dû appliquer les règles de la délégation à sa convention avec Lignac ; car, comme il le disait fort bien, point de novation, point de délégation. Mais la stipulation de Lignac au profit de son beau-père étant la condition d'une stipulation d'achat qu'il faisait pour lui-même, il avait pu stipuler très-valablement la condition *sine quâ non* dont il se prévalait, et l'autre partie, très-valablement y souscrire. Par conséquent, Audoüin ne pouvait pas s'y soustraire à l'aide des principes sur la délégation. Ils étaient ici hors de cause, et, sainement apprécié, l'arrêt n'est qu'une exacte application de l'art. 1121 du Code civil, relatif à la stipulation faite au profit d'un tiers, et de l'art. 1134 du même Code (V. dans le même

sens un autre arrêt de la même Cour, du 7 mars 1831).

Au reste, le contrat peut se parfaire entre des individus qui traitent tous à distance. Nous en donnons plus bas des exemples.

Enfin, comme on vient de le dire, le débiteur délégué peut avoir d'avance accepté la délégation. On va le voir dans un instant.

Jusqu'à cette heure, les principes du droit civil et du droit commercial, en matière de délégation, sont les mêmes. Mais voici un point fondamental sur lequel l'accord cesse.

Si je vous donne, en payement du brick que vous m'avez vendu, une facture au porteur acceptée par Jacques, et revêtue de mon acquit, cette dation d'une chose incorporelle *in solutum*, convenue et faite après le contrat de vente, a les conditions essentielles de la délégation; car le débiteur est changé de son consentement et du vôtre; et puisque la facture est au porteur, la délégation était, *à priori*, agréée par Jacques. Cela posé, et la dation ayant été reçue purement et simplement, si Jacques devient insolvable, aurez-vous un recours vers moi, ou, ce qui revient au même, la délégation est-elle imparfaite ou parfaite?

Elle est imparfaite, selon le Code civil (art. 1275). Pour la rendre parfaite, il faut que vous déclariez d'une manière expresse me décharger de mon obligation *ex empto*. Autrement, vous êtes réputé n'avoir pris la facture que pour toucher le prix de la vente avec plus de sûreté et de facilité.

Au contraire, suivant le droit commercial, prendre l'engagement du débiteur que je vous offre ou que vous m'avez demandé, c'est me tenir quitte de ma dette envers vous, comme je le tiens quitte de la sienne envers moi :

Illo casu (delegationis) et delegator ipso jure liberatur à suo creditore, et delegatus à delegatore (Hotom., *loc. cit.*). Nul besoin que vous exprimiez l'intention de me donner décharge ; le seul fait de la négociation l'exprime aussi bien que la parole écrite ou vocale. Tels sont le sens et les effets que l'usage y attache, et cet usage, consacré par la jurisprudence (1), est fondé en raison.

Quelle apparence, en effet, si mon obligation n'en doit pas moins subsister, que j'aille vous donner mes valeurs, *nullo jure cogente*, et sans nulle utilité pour moi ? Rien ne répugne plus aux mœurs commerciales. Chacun, dans le commerce, n'est soucieux ni soigneux que des intérêts qui lui sont commis, et de ses propres intérêts : *Solent mercatores esse solliciti et diligentissimi circà eorum interesse* (Casareg., Disc. 225, n° 34, et Disc. 199, n° 46). *Rien pour rien*, c'est la devise du marchand. Loin donc que ma libération exige votre déclaration expresse d'entendre me décharger, ma décharge est de droit, si vous n'exprimez pas une volonté contraire. Tel était aussi le droit antérieur au Code civil (V. Nouv. Denisart, v° *Délégation de dettes*).

Ce qui vient d'être dit de la facture acceptée, conçue au porteur, et remise en payement par l'acheteur au vendeur, ou par tout autre débiteur à tout autre créancier, est indistinctement applicable à tous les papiers de crédit dont la propriété se transmet par la seule tradition manuelle. Les recevoir purement et simplement, c'est décharger de son obligation et de toute responsabilité le débiteur de qui on les reçoit. Mais si le vendeur proteste, la

(1) V. M. Pardessus, n° 223. L'auteur y indique un arrêt de la Cour de cassation qui l'a ainsi jugé.

protestation est utile (1), ne pouvant jamais y avoir la moindre incompatibilité entre l'obligation de payer et la dation d'un effet au porteur, en payement de la dette.

On voit qu'il existe une antinomie radicale entre l'usage du commerce et la loi civile touchant la perfection de la délégation et ses effets. Le Code civil (art. 1275) a réduit la délégation à la simple valeur d'un règlement de prix, et mieux eût-il fait peut-être d'en abolir le mot, que de l'employer sous une acception qu'il n'eut jamais (2). Au contraire, le droit commercial, fondé sur la nature des choses, a conservé le contrat tel qu'il existait dans notre ancien droit, conforme au droit romain. Or, selon ce droit, dès que le consentement trilatéral est formé, il en

(1) Si le créancier proteste, et que néanmoins le débiteur agisse, la convention est formée par l'acquiescement de l'un à la volonté de l'autre, et la dation entendue aux risques du débiteur.

(2) Ce dont le Code civil a fait un principe absolu, n'est que le cas particulier d'un partage par lequel un héritier (Pierre) charge son cohéritier (Jacques) de payer seul une rente que le défunt me devait; et, par argument tiré de la loi 40, § 2, D., *De pact.*, Pothier décide qu'il faut que mon intention de décharger Pierre soit *bien marquée*, et qu'il n'y aura pas de délégation *si je n'ai pas, par quelque acte, déclaré formellement que je déchargeais Pierre*. « Sans cela, « ajoute Pothier, quoique j'aie reçu de Jacques seul les arrérages « pendant un temps considérable, on n'en pourra pas conclure que « je l'ai accepté pour mon seul débiteur, à la place de Pierre, et « que j'ai déchargé Pierre » (*Oblig.*, n° 564, 2e édit.).

Cette décision est très-conforme au droit. La raison est que le partage étant, à mon égard, *res inter alios acta*, il n'en peut résulter pour moi aucune action contre Jacques, quelque long que puisse être le temps pendant lequel il m'a seul payé les arrérages. Je ne dois donc pas perdre mon action contre Pierre. Mais supposez-moi partie au partage, Pothier n'eût pas exigé, pour la perfection de la délégation, que j'eusse déchargé Pierre en termes exprès, et c'est pourtant ce qu'il faut aujourd'hui dans la même espèce. Le Code civil a donc outre-passé les exigences de l'ancien droit. Il érige un cas exceptionnel en une règle sans exception.

résulte, non pas une présomption, mais la preuve complète que le créancier, s'il ne proteste pas, a voulu et entendu changer de débiteur, et prendre à ses propres risques la créance échangée : *Chi delega paga.*

La raison d'une si grande différence entre la délégation civile et la délégation commerciale est savamment expliquée, à un point de vue général, par les fondateurs de l'une et de l'autre législation. Dans le commerce de la vie civile, nous disent-ils, il s'agit bien moins d'acquérir que de conserver. De là les formalités sans nombre, les précautions minutieuses dont la propriété est environnée. Dans le commerce proprement dit, le but unique est d'acquérir. *En matières civiles, c'est ordinairement la chose que l'on suit ; en matières commerciales, c'est presque toujours la personne. La législation ne peut donc être fondée sur les mêmes principes. C'est la facilité des transactions, la rapidité de la circulation et le crédit* (1) *qui font la puissance du commerce* (Discours prélim. du Code de comm.), Au lieu d'entraver les libérations sans lesquelles point de crédit, il faut donc qu'on les facilite, qu'on les multiplie autant que possible; et, soumettre, en ce point, la délégation commerciale à la législation civile, ce serait ralentir les libérations, le mouvement commercial.

Par exemple, rien n'active plus la rapidité des transactions du commerce, et n'en favorise plus la multiplication, que les *virements de parties*, au moyen desquels, pendant le temps d'une Bourse, on éteindra pour un million de dettes et plus, sans numération d'un centime ;

(1) Presque tout est crédit et débit dans le monde commerçant : *Tutto quasi è in debito e in credito nel mondo commerciante* (De Jorio, part. 1, lib. 4, tit. 3, *Del mutuo mercantile*).

invention ingénieuse qui peut être employée à chaque heure et partout où l'on a besoin d'en faire usage. Or, l'art. 1275 du Code civil réduirait presque à néant l'immense avantage que le commerce en retire.

Car *virer*, c'est déléguer à l'effet d'éteindre, soit par une seule compensation, soit par un seul payement effectif, plusieurs obligations à la fois.

La compensation, si bien définie dans le droit romain *debiti et crediti inter se contributio*, s'opère entre deux personnes réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre. *Secùs*, du virement. Par cela même que la délégation en est le lien et le moyen, il y faut le concours de trois individus, au moins, dont chacun soit en même temps débiteur et créancier, mais dont aucun ne soit le débiteur du sien. Quand ces circonstances se rencontrent, il est possible de virer.

Par exemple : David doit 100 fr. à Salomon,
Salomon....... à Jacques,
Jacques....... à David.

Chacun de ces individus doit; à chacun d'eux il est dû; mais nul d'entre eux n'est débiteur et créancier de la même personne. Par conséquent, pas de compensation possible. Cependant, qu'ils puissent se concerter et qu'ils tombent d'accord, David, qui doit à Salomon, s'acquittera, si Salomon accepte Jacques pour débiteur; par suite, Salomon, devenu créancier de Jacques en même temps qu'il est son débiteur, compense avec lui, et le virement aura procuré trois libérations simultanées, sans bourse délier, sauf un appoint, si le cas l'exige. Ainsi, tout est soldé, tout est encaissé sans perte de temps, et sans aucuns frais ni risques de transport, ou de change (1).

(1) La délégation peut aussi s'appliquer à la délivrance, mais cela

N'est-il rien dû par Jacques à David, Salomon se libère envers Jacques, si Jacques prend David pour son débiteur, et, par ce moyen si simple, un payement unique ou une seule compensation aura éteint deux dettes.

On peut concevoir, non-seulement trois personnes, mais autant qu'on en voudra supposer dans les mêmes conditions, et le virement aura lieu de la même manière, avec le même effet. Il suffit, pour cela, que le premier délégataire s'en substitue un autre, celui-ci un troisième, le troisième un subséquent, *et sic deinceps*, et que le délégué, ou quelqu'un pour son compte, paye la dette au dernier délégataire *vel cui jusserit*, ou la compense avec lui.

Au reste, la libération des débiteurs envers leurs créanciers respectifs n'est pas subordonnée au fait de ce payement ou de cette compensation. En principe, le délégué fût-il insolvable, même *ab initio*, les déléguants sont tous libérés de droit, moins pourtant ceux d'entre eux qui,

ne se pratique guère que sur les grands marchés, et principalement sur les grandes places maritimes, où il se fait une infinité de ventes et reventes à livrer, de denrées ou marchandises non encore arrivées, souvent même non encore parties du lieu d'où on les attend. Mais il faut que l'usage ou la convention concède à l'acheteur la faculté de se substituer quelqu'un dans le droit d'exiger la chose pour son propre compte.

Par exemple, David vend à Jacques, pour tel prix, telle marchandise ou denrée, livrable à telle époque;

Jacques la revend à Pierre;

Pierre à Paul.

Jacques, premier acheteur, au lieu de se livrer, donne à Pierre un ordre de livraison sur David, et Pierre à Paul qui reçoit.

Il est évident que la livraison faite à Paul rend inutiles celles de David à Jacques, de Jacques à Pierre, et de Pierre à Paul, et ainsi successivement, s'il s'est opéré un plus grand nombre de substitutions. De cette manière on épargne le temps, et l'on évite les frais et les déchets inséparables des déplacements multipliés de la marchandise.

lors de leur propre négociation, auraient connu l'insolvabilité, sans que le délégataire en fût instruit.

Mais, comme on l'a déjà dit, à moins d'une absolue incompatibilité entre la cause ou le titre de la dette à payer et la valeur de crédit remise en payement, permis au délégataire de protester qu'il n'accepte cette valeur que sous la garantie de celui qui la lui donne, et sans rien innover à l'obligation primitive. Si la délégation n'a pas d'effet, et qu'il y ait eu plusieurs déléguants successifs, ceux-là seuls sont libérés, qui n'ont pas garanti. Chacun des autres, au contraire, est tenu envers son délégataire du montant de la délégation qu'il a faite; et, dès que le déléguant est mis en demeure à cet égard, son premier engagement n'ayant pas cessé d'exister, il est au choix du créancier de le résoudre avec dommages et intérêts, ou de le faire exécuter, si l'exécution est possible, aux risques et frais du retardataire.

Toutes obligations commerciales, transmissibles par la tradition de la main à la main, peuvent servir d'instruments de délégation et de virement de parties. Les plus usuels sont, avec ceux dont on a déjà parlé, les mandats de virement, les mandats de payement (1), les billets au porteur, émis par des particuliers (2), les polices d'assurance et les billets de grosse au porteur.

(1) On les appelle aussi *rescriptions, délégations, mandements, assignations.*

(2) Quoique le Code de commerce ne les mentionne point, ils sont très-licites (V. la déclaration royale de 1721, les lois des 5 germinal an VI, et 25 thermidor an III). Celle-ci déclare que la prohibition portée par le décret du 8 octobre 1792, de souscrire des effets au porteur, n'emporte pas la défense d'en émettre lorsqu'ils n'ont pas pour objet de *remplacer ou de suppléer la monnaie.* En conséquence, elle permet de souscrire et de mettre en circulation de *gré à gré*, comme par le passé, des billets au porteur; c'est-à-dire, des

On peut encore déléguer et virer au moyen de billets à ordre transmis par endossement au créancier. Mais de quelle espèce est la novation qui s'ensuit? (V. *infrà*, n° 257.)

Peut-on aussi déléguer et virer au moyen de mandats de change, et qu'est-ce que le *mandat de change?* (V. même numéro.)

Un autre instrument de délégation et de virement, c'est le compte courant : Pierre doit à Jacques, et Jacques à Salomon. Que le solde débiteur de Pierre chez Jacques soit, d'un commun accord, transporté au débit de Salomon, et Jacques est libéré.

Si mon débiteur Roboam, qui a comme moi un compte courant à la Banque de France, m'a remis *in solutum* un mandat de virement, et que la banque ait transporté du crédit de Roboam au mien la somme exprimée dans le mandat, Roboam est quitte envers moi et mon crédit irrévocablement acquis.

En vain la banque prétendrait-elle l'annuler en prouvant plus tard que Roboam n'était pas son créancier, et qu'elle ne s'est crue débitrice que par l'effet d'une erreur

billets dont l'émission a été convenue entre parties, et qui sont confectionnés dans la forme ordinaire, exprimant la date de la souscription et celle de l'échéance.

Mais si, par leur conception, les billets au porteur n'impliquent pas une convention spéciale sur leur émission, et sont de nature à faire fonction de numéraire ou de billets de Banque, ils tombent sous la prohibition de la loi du 24 germinal an II et du décret impérial du 18 mai 1808, qui confèrent à la banque de France le privilége exclusif d'émettre des billets de banque, et font défense de former, sans l'autorisation du gouvernement, aucune banque avec émission de billets. De tels billets étant donc une contravention à la loi, ils ne peuvent être ni donnés ni reçus en payement, et le devoir du juge saisi d'une contestation à cet égard ne serait pas de faire droit aux parties, mais de les mettre hors de justice.

de chiffres, Le délégataire n'a pas plus à répondre des méprises d'autrui, qu'à s'enquérir des motifs qui portent le délégué à accepter la délégation. Tout est donc consommé, sauf le recours de la banque vers Roboam (1).

Dans les espèces qui précèdent, nous avons supposé les parties présentes et se concertant, ou tout ou moins deux d'entre elles. Le virement s'opère aussi entre personnes toutes absentes et même très-éloignées les unes des autres, L'opération peut se faire au moyen de lettres missives, et d'envois ou remises de titres. Mais l'instrument le plus expéditif, le plus habituel du virement à distance, c'est la lettre de change; par exemple :

Salomon doit 100 à Pierre,
Pierre. . . . . à Paul,
Paul. . . . . à Salomon.

Salomon tire sur son débiteur Paul, et passe sa lettre en payement à son créancier Pierre. Paul devient donc le débiteur de Pierre en même temps qu'il est son créancier, Partant compensation, et toutes les dettes sont éteintes.

Veut-on supposer que Paul ne doive rien à Salomon, le virement ne s'en fera pas moins, Pierre, tirant sur son débiteur Salomon, donnera la lettre à son créancier Paul, qui l'encaissera chez le tiré; dans cette espèce, point de compensation, un seul payement solde tout.

Par cette circulation de la lettre donnée et reçue en payement, rapidement dirigée d'une place sur une autre, le virement s'opère avec autant de facilité que si les parties étaient en présence.

Au lieu de trois personnes, on peut en supposer un plus

(1) V. M. Massé, t. 4, n° 53. L'auteur y indique un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a fait à la Banque de France une très-juste application du principe.

grand nombre; le résultat sera le même, ou, du moins, toute la différence, c'est qu'un plus grand nombre d'obligations seront éteintes, soit par une seule compensation, soit par un seul payement.

Comme il est rare qu'entre deux places qui ont des relations suivies il n'y ait pas réciprocité de dettes, on voit comment la lettre de change sert à les solder, en évitant des transports de numéraire et des payements répétés. Ainsi, quand un commerçant de Paris, *v. g.*, Jacques, doit à un commerçant du Havre, *v. g.*, Pierre, il est presque impossible qu'à Paris, à côté de Jacques, il ne se trouve pas un commerçant, *v. g.*, Salomon, qui soit créancier de Paul, commerçant du Havre. Il y aura donc à Paris deux commerçants, dont l'un voudra payer au Havre et l'autre y recouvrer, ou au Havre, deux commerçants, dont l'un voudra recouvrer à Paris et l'autre y payer (1).

En cet état de choses, Pierre, du Havre, créancier de Salomon, tire sur son débiteur, et, négociant sa traite à Paul, du Havre, il recouvre sa créance. Paul passe la traite à l'ordre de son créancier Jacques, de Paris, et celui-ci en reçoit le payement chez Salomon. Par ce moyen, le créancier du Havre et le créancier de Paris sont payés; le débiteur de Paris et le débiteur du Havre se sont acquittés. Or, comment cette opération s'est-elle agencée? Par la lettre de change et d'une manière fort simple : le débiteur d'une place a payé au créancier de la même place que lui, et le créancier d'une place a reçu d'un débiteur de la même place que lui.

(1) Dans les villes d'une certaine importance commerciale, les agents de change, toujours bien informés des besoins du commerce procurent aisément ces sortes de négociations.

L'opération qui, dans cet exemple, se fait entre quatre personnes seulement, peut se négocier avec la même facilité entre un bien plus grand nombre de débiteurs et de créanciers ; et, comme elle est pratiquée tous les jours sur chaque place de commerce, on voit que la lettre de change donne le moyen d'appliquer, sur une vaste échelle, cette observation des jurisconsultes romains : *In numerationibus aliquandò evenit ut unâ numeratione* duæ *obligationes tollantur uno momento* (L. 44, D., *De solut. et liberat.*) (1).

Le virement offre donc au commerce, en général, des facilités inappréciables de libérations et de recouvrements. Quant à ses effets spéciaux entre l'acheteur et le vendeur, ne perdons jamais de vue un double principe précédemment exposé : on peut, lors du contrat, ou même *ex contractu*, régler le prix d'une vente en lettres de change, par virement ou de toute autre manière, sans que la novation du premier titre s'ensuive (V. *suprà*, n° 237). Mais si depuis le contrat, et spontanément, des lettres de change sont reçues de l'acheteur ou tirées sur lui par le vendeur en payement du prix, *res abit in cambium*, et la novation s'opère *ipso facto*, nonobstant toutes protestations ou réserves. Quel que soit le sort des lettres de change, le vendeur ne pourra donc plus ni résoudre la vente, ni la faire exécuter. Ses seuls droits sont désormais dans ses nouveaux titres. Il en est ainsi de tous effets impliquant *remises d'argent de place en place* (art. 632, § fin.). C'est l'inévitable résultat de l'incompatibilité du contrat de vente avec le contrat de change, dont ces titres supposent nécessairement la préexistence.

(1) Si la lettre de change, telle qu'elle est organisée de nos jours (*à ordre*), eût été connue à Rome, la loi citée eût dit PLURES *obligationes*.

3° Des papiers de crédit opérant novation conditionnellement.

257. — On lit dans V. Toullier, t. 7, n° 284 : « Je « vous dois 5,000 fr., et, pour m'acquitter envers vous, « je vous délègue à recevoir la même somme que me « doit Titius. L'effet d'une pareille convention dépend « des termes de l'acte et de l'intention des parties. Si « vous ne m'avez pas déchargé de mon obligation, ce « n'est qu'un mandat que je vous ai donné, et que vous « avez reçu ; je n'en reste pas moins obligé envers vous... « C'est le cas de tous les billets à ordre ou négociables, « qu'un débiteur donne à son créancier, avec un endosse- « ment portant ordre au débiteur d'en payer le montant « à telle personne. Une pareille convention n'opère au- « cune novation ; ce n'est que l'indication faite par le « débiteur d'une personne qui doit payer en sa place « (art. 1277). »

Cet enseignement a pour base une double inexactitude.

D'abord, on y fait confusion de l'art. 1275 avec l'article 1277, et chacune de ces dispositions a son objet distinct.

L'art. 1277, sur lequel M. Toullier se fonde pour enseigner qu'il ne se fait aucune novation dans l'espèce d'un billet à ordre transmis *in solutum* au moyen d'un endossement, prévoit, en effet, le cas d'un mandat *donné* par le débiteur, *reçu* par le créancier, mais *non encore accepté par le mandataire* (1) ; et, comme la novation du débi-

(1) Art. 1277 : « La simple indication faite par le débiteur d'une « personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation.

« Il en est de même de la simple indication faite par le créancier « d'une personne qui doit recevoir pour lui. »

teur ou délégation ne peut évidemment pas avoir lieu sans le concours de trois personnes, il est conséquent à la raison du droit et à la nature de l'acte (*id quod actum est*) que le débiteur *n'en reste pas moins obligé;* conséquemment encore, il en doit être de même quand, de la part du créancier, tout se borne à la désignation de quelqu'un qui doit recevoir pour lui, et qui, n'ayant point concouru à l'acte, n'a pas contracté l'obligation de recevoir.

Le cas est bien différent, quand je passe à votre ordre le billet à ordre, commercial ou civil (art. 636 C. comm.), qu'un tiers m'a endossé ou souscrit. Dans cette espèce, le confectionnaire ayant promis, dès en créant le billet, de payer, à l'échéance, au porteur légitime, quel qu'il fût, le consentement trilatéral existe. Il y a donc délégation, l'art. 1275 le reconnaît lui-même (1) : seulement, pour obvier à l'ignorance ou à l'erreur du créancier le moins expérimenté, il statue, *contrà rationem juris* et contrairement au droit commercial, que la novation n'aura lieu que si le délégataire déclare expressément décharger le déléguant.

Mais de quelle novation le législateur entend-il parler ici? Uniquement de la novation qui fait que le débiteur *ne reste plus obligé*. La novation parfaite est donc la seule novation que l'art. 1275 ait entendu exclure. D'un autre côté, son texte ne déroge en rien au principe général énoncé dans l'art. 1168, d'après lequel il n'est pas de contrat qui ne puisse être formé conditionnellement. Cela posé, qu'arrive-t il, *quid actum intelligitur*, lorsque, en

(1) Art. 1275 : « *La délégation* par laquelle un débiteur donne au « créancier un autre débiteur *qui s'oblige* envers le créancier, n'opère « point de novation, si le créancier n'a pas expressément déclaré « qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

matière civile, on est dans le cas prévu par l'art. 1275, et que le créancier ne déclare pas *expressis verbis* qu'il entend *décharger son débiteur, qui a fait la délégation?* Il est clair que c'est comme s'il lui disait : « Je déclare vous décharger, si votre délégué, qui s'oblige à me payer, me paye; sinon, non. » Or, cette stipulation implique la promesse du débiteur déléguant, et n'est pas autre chose qu'une novation imparfaite, c'est-à-dire une novation conditionnelle, convention très-licite : *Delegationem sub conditione fieri nihil vetat; atque etiàm sub conditione facta intelligitur si quis suum debitorem deleget creditori suo, sed addat se soluturum* si intrà certum tempus à debitore solutum non sit; *quatenùs non subsecutâ per delegatum solutione, delegans perindè conveniri potest, ac si nulla delegatio intervenisset* (Voët, *ad Pand.*, lib. 46, tit. 2, n° 11).

Au point de vue du Code civil, c'est donc l'art. 1275 qui prévoit le cas de la délégation imparfaite, et non l'art. 1277 qui, n'ayant en vue que l'indication de payement, ne se trouve en nul rapport avec la délégation imparfaite, ou parfaite, puisque les parties n'en ont voulu aucune. L'indiqué dont il parle n'est pas un délégué, dans le sens légal du mot; ce n'est qu'un *simple* intermédiaire, un *adjectus solutionis gratiâ, perficiendæ, vel recipiendæ.*

Or, la délégation imparfaite, telle qu'elle est introduite par l'art. 1275 du Code civil, diffère essentiellement des simples indications prévues par l'art. 1277 du même Code;

Car cette délégation donne au créancier deux débiteurs au lieu d'un, avec le droit d'agir de son chef contre le délégué, et lui impose même le devoir d'en user ainsi lorsqu'il appert de l'acte que la délégation a eu lieu dans l'intérêt du débiteur, ou dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier.

Au contraire, la simple indication pour payer, faite par le débiteur, ne transmet rien au créancier, sinon le droit et le devoir de demander payement à l'indiqué, mais sans pouvoir l'exiger autrement que du chef de l'indiquant, soumis à toutes les exceptions que la personne indiquée peut avoir à lui opposer;

Et quant à l'indication pour recevoir, il faut distinguer:

Si la personne indiquée est créancière du créancier, ce n'est plus la *simple* indication dont il est parlé dans l'article 1277, § 2; c'est la stipulation au profit d'autrui, qui ne peut être révoquée après son acceptation (art. 1121 C. civ.). Mais, si l'indiquant ne doit rien à l'indiqué, le droit de celui-ci se borne à recevoir sans pouvoir exiger; et tant qu'il n'a pas reçu, son mandat est révocable: *Simplex adjectus ad recipiendum nihil agere potest circà debitum ultrà realem solutionem sibi libenter factam* (Casareg., Disc. 33, n° 2).

Il n'y a même pas de délégation imparfaite, quoi qu'en aient dit certains auteurs, quand la délégation se commence entre deux des parties seulement (le débiteur et le créancier), et que la troisième n'a pas consenti d'avance; car le concours des trois volontés est de l'essence de la délégation, et le tiers peut consentir ou ne pas consentir, *uti voluerit*. Or, le fait futur et incertain qui est de l'essence d'un contrat, ne peut être la condition suspensive de ce contrat (V. t. 4, n° 80). Avant le consentement de ce tiers, il n'y aura donc ni délégation parfaite, ni délégation imparfaite; *prius est esse, quàm esse tale.* S'il vient à consentir, la délégation se sera faite et parfaite *eodem tempore* (1). Mais jusqu'à ce temps, chacun des deux autres

(1) V. dans la loi 8, Dig., *De novat. et delegat.*, un cas analogue où la délégation se fait et se parfait *eodem tempore.* Dans cette es-

est en droit de révoquer la stipulation, ce qui ne peut avoir lieu (nous le verrons bientôt) quand la délégation est à l'état de délégation imparfaite ou conditionnelle.

Que la novation tombe sur la chose ou sur la personne, il est toujours libre aux parties d'apposer à leur consentement telle condition qu'il leur plaît, suspensive ou résolutoire. Nous pouvons donc convenir très-valablement que Jacques, votre délégué, qui s'oblige envers moi, me payera, en votre place, les 40,000 fr., prix des sucres que je vous ai vendus, *si le ministre de la marine arrive à Brest avant la fin de mai prochain*. Il peut aussi être convenu sous la même condition, ou toute autre de la même espèce, qu'au lieu de me payer les 40,000 fr., vous me donnerez votre bateau à vapeur *le Siroco*, soit pour la même somme, soit pour une somme moindre ou plus forte (1).

Enfin, libre à nous de convenir que, l'obligation venant à naître par l'accomplissement de la condition, elle sera résolue si tel événement arrive ou n'arrive pas sous tel temps.

En un mot, la novation de la dette et la novation du débiteur sont réglées, quant aux conditions, par les règles communes à tous les autres contrats, telles qu'elles sont expliquées, t. 4, n°s 20 et suiv.

pèce, c'est la dette qui n'existe pas encore, et il est de l'essence de la délégation qu'il y ait une dette à payer.

(1) Si la somme est moindre, *v. g.*, si elle n'est que de 30,000 fr., la novation n'a lieu qu'à la concurrence de cette somme, et le surplus me reste dû en vertu du contrat de vente. Si la somme est plus forte, *v. g.*, si elle est de 50,000 fr. la novation n'a lieu qu'à la concurrence de 40,000 fr , et je dois 10,000 fr., *ex causâ empti*.

Il en est de même quand c'est le débiteur qui change, selon que le délégué, s'il doit au déléguant (c'est le cas ordinaire), lui doit plus ou moins que le montant de la délégation.

En fait de libérations, on ne connaît pas de conditions suspensives d'un usage plus fréquent dans le commerce que celle qui y est désignée sous la dénomination de *sauf encaissement*; car, à moins que les parties n'aient déclaré l'exclure, elle est sous-entendue de plein droit dans les délégations et virements qui se font par *billets à ordre*;

Non par des billets à ordre que le débiteur a créés lui-même au bénéfice du créancier, ou qu'il lui a endossés après les avoir créés à son propre ordre ; entre les mains du créancier, ces billets seront, il est vrai, des moyens de virement et de délégation pour acquitter ses propres dettes. Mais, de son débiteur à lui, *v. g.*, de l'acheteur au vendeur, ils ne sont qu'un mode consensuel d'exécuter le contrat, sans qu'aucun tiers s'oblige actuellement, ou se soit antérieurement obligé en place de l'acheteur, ce qui est requis dans la délégation.

Nous ne voulons donc parler ici que des billets à ordre dont le débiteur déléguant est le bénéficiaire, ou qu'on lui a transmis par la voie de l'ordre, et qu'il transmet lui-même avec son endossement au créancier délégataire.

Par exemple, quand je passe à votre ordre, *en payement de mon achat*, deux billets à ordre, dont l'un m'est souscrit par Pierre et l'autre endossé par Jacques, mon compte courant n'en sera crédité chez vous que *sauf encaissement*, condition exprimée ou sous-entendue. Si donc les billets ne sont pas payés (*si defecerit conditio*), vous les ferez sortir du compte par une contre-passation d'écritures, c'est-à-dire, vous me débiterez de la même somme dont vous m'aviez crédité, ce qui annule le crédit, et ma première obligation, qui, avant l'échéance des billets, était *in statu pendenti*, n'aura pas cessé d'exister (*durat prior obligatio*). Vous pouvez donc la résoudre

en mettant fin au compte courant, ou la faire exécuter à mes frais et risques, si, par le résultat du compte, vous vous trouvez créancier, et que je sois en demeure de rembourser les billets ou celui des deux billets qui n'aurait pas été payé.

Qu'il en soit ainsi en matière civile, c'est une conséquence évidente de l'art. 1275, puisqu'il n'y a novation que si le débiteur est expressément déchargé. Mais cette disposition est étrangère au commerce. D'un autre côté, on retrouve ici le consentement trilatéral qui constitue la délégation. Pourquoi donc le déléguant reste-t-il encore soumis à l'action du délégataire? C'est ce qu'il nous reste à expliquer.

Du moment où quelqu'un, *v. g.*, Jacques, me souscrit un billet à ordre, il s'oblige envers moi, et, si je vous transmets son billet en payement de mon achat, je vous aurai transmis ma créance sur lui. Mais la simple dation manuelle d'un tel billet n'en changerait pas le propriétaire. Pour vous le transmettre, il faut que je l'endosse, et l'endosser, c'est me constituer *adpromissor* du confectionnaire; car mon ordre implique l'assurance qu'il payera. Réciproquement, le billet vous étant donné en payement du prix, *pro solvendo* et non *pro soluto*, Jacques, à l'obligation duquel j'ai accédé par mon endossement, se trouve avoir accédé d'avance à mon obligation *ex empto*. Au lieu d'un seul débiteur du prix, il y en a donc deux qui vous le doivent *in solidum*. Or, rien ne répugne plus à la délégation pure et simple.

Cependant il est certain qu'un changement s'est opéré dans le premier titre. En effet, tant que le billet ne sera pas venu à terme, vous n'aurez nulle action contre moi en vertu du contrat de vente. Quelle est donc cette interversion qui met *in statu pendenti* mon premier engagement?

Une délégation imparfaite ou novation contractée sous les deux conditions suspensives *si le billet est payé par Jacques, ou s'il l'est par moi-même à son défaut*; car, comme *adpromissor* de Jacques, j'ai l'obligation et le droit de payer à sa place. Si l'une des deux conditions s'accomplit, le prix et le montant du billet étant *quid idem et unum*, le payement du billet aura soldé le prix ; au cas contraire, trois actions vous compètent : vous pouvez résoudre la vente avec dommages et intérêts ; la faire exécuter à mes frais et risques; poursuivre le payement du billet.

Mais, quoique ces trois actions soient distinctes par leur objet, comme elles n'ont originairement qu'une seule et même cause, à savoir la dette du prix, elles sont alternatives, ni plus ni moins que les obligations d'où elles naissent. On ne peut donc les exercer cumulativement ni successivement. Il faut que le vendeur choisisse, et son option pour l'une éteint les deux autres. Par exemple, s'il a demandé la résolution de la vente, il ne pourra plus exiger qu'on l'exécute. Il ne peut davantage exiger que l'acheteur paye le billet, puisque le billet représente le prix en payement duquel il fut donné, et que le payement du prix est l'exécution de la vente.

Vice versâ, s'il poursuit l'acheteur en payement du billet, il n'est plus recevable à demander la résolution.

Néanmoins, sans préjudice à ses droits, il peut poursuivre à part le souscripteur du billet à ordre. Mais, dans ce cas, il ne pourra demander ni la résolution, ni l'exécution forcée de la vente, qu'en justifiant que les poursuites n'ont eu d'autre résultat que de constater l'insolvabilité du confectionnaire.

Ce que nous venons de dire à l'égard du billet à ordre s'applique de la même manière et avec les mêmes

conséquences à tous effets à ordre que l'acheteur endosse en payement du prix de son achat, *v. g.*, les factures, les billets de grosse, etc., lorsqu'ils sont conçus à ordre. La lettre de change et les autres effets emportant remises d'argent de place en place, bien qu'ils soient essentiellement transmissibles par la voie de l'ordre, sont seuls exceptés, en ce sens que leur réception *in solutum* opère, de plein droit, une novation inconditionnelle; on en a vu la raison, *suprà*, n° 255.

Les mandats de change produisent-ils le même effet?

Avant tout, il faut savoir en quoi ces mandats consistent.

Il n'en est point parlé dans le Code de commerce; mais le commerce s'en sert autant, pour le moins, que de la lettre de change. Législateur dans son propre intérêt, il en a introduit l'usage pour faciliter ses recouvrements, ses opérations de toute espèce, notamment entre les fabricants et les marchands en détail (1).

Si je vous mande de Paris à Brest, le 1er janvier, de payer à Brest, le 1er mars suivant, à Jacques ou à son ordre, la somme de 10,000 fr. qu'il m'a versée en telles valeurs, c'est une lettre de change proprement dite (art. 110 C. comm.). Le mandat de change contient exactement les mêmes énonciations; c'est donc aussi une lettre de change. Mais, pour le distinguer de la lettre de change, le mandant écrit dans le corps du mandat les mots *non acceptable* (2), ce qui signifie que le porteur ne

(1) V. *Dictionnaire du contentieux commercial*, par MM. de Villeneuve et Massé, v° *Effets de commerce.*

(2) Cette stipulation est de rigueur; sans cela, le mandat fût-il qualifié de *mandat de change*, il n'en serait pas moins sujet à l'acceptation, et soumis à toutes les règles de la lettre de change (V. MM. de Villeneuve et Massé, *ubi suprà*).

pourra pas le présenter à *l'acceptation*. Voilà toute la différence. Mais cette différence est immense sous beaucoup de rapports (V. les art. 118 et suiv. du C. comm.), et surtout au point de vue de la délégation.

Car, pour que le débiteur soit changé, il faut qu'un tiers promette ou qu'il ait promis d'avance de payer à la place du déléguant, et, dans l'espèce, rien de semblable. Loin de là, le bénéficiaire du mandat s'interdit, en le recevant, jusqu'à la faculté d'en solliciter l'acceptation. Le mandat de change ne peut donc être un instrument de délégation conditionnelle:

Et pourtant il peut servir à virer (ce qui implique une délégation parfaite), pourvu que le tiers auquel il s'adresse consente au virement, parce que, de sa part, ce serait accepter le mandat et accéder ainsi à la délégation commencée par les deux autres contractants.

Mais, si le mandat de change ne change pas le débiteur, il nove la dette *ipso facto*.

En effet, comme on vient de le voir, la lettre et le mandat de change sont une seule et même chose, ou du moins nulle autre différence entre eux que le *non acceptable*. Or, le droit facultatif de présenter la lettre à l'acceptation du tiré n'est pas de l'essence de la lettre, mais de sa nature seulement, et dès lors la stipulation peut l'exclure, *salvâ rei substantiâ* (V. donc *suprà*, n° 255, quand et comment la lettre de change reçue en payement opère novation de la dette).

Une conséquence fort grave découle du principe que la lettre de change et tous autres effets de commerce, transmis par la voie de l'ordre en payement du prix, représentent le prix : si le vendeur ou ses cessionnaires restent cinq ans sans leur donner suite en justice, comme ils sont prescrits par ce laps de temps, la dette du prix est éteinte.

Dans cette occurrence, on n'examine pas s'il y a eu novation, ni quelle novation a eu lieu; cela est indifférent. Tout se décide par la loi et les effets de la prescription. La Cour suprême a plus d'une fois proclamé ce principe, et notamment elle en a fait application à l'espèce suivante, où l'acheteur n'était assurément rien moins que favorable :

Conformément au cahier des charges de l'adjudication d'une portion des bois de l'État, Lorentz, demeuré adjudicataire, souscrivit au receveur général du département du Bas-Rhin plusieurs lettres de change qui furent toutes protestées à leur échéance respective. Mais point d'assignation en justice. Lorentz sollicitait des termes et en obtenait alternativement de la préfecture et du ministère; on alla même jusqu'à réduire sa dette. Mais telle était sa répugnance à payer, qu'au bout de neuf ou dix ans, il n'avait pas encore soldé un centime.

Assigné enfin devant le tribunal de commerce, Lorentz se garde bien de lui demander des délais; mais il oppose bravement la prescription quinquennale, et cette exception est admise par un jugement en dernier ressort (1).

Le receveur général se pourvoit en cassation, et soutient que le jugement attaqué a fait une fausse application de l'art. 189 du Code de commerce; car, disait-on pour lui :

« L'adjudicataire qui, en vertu du cahier des charges, « souscrit des lettres de change pour le payement de son « prix, reste toujours obligé à raison de son adjudication, « laquelle n'est pas nécessairement, de sa part, un acte

(1) Pourquoi en dernier ressort? Est-ce à raison de la somme (ce qui n'est guère vraisemblable), ou en vertu de quelque clause spéciale du cahier des charges? Les arrêtistes ne le disent pas.

« de commerce. Il ne s'opère point de novation dans l'o-
« bligation. C'est toujours comme adjudicataire que le « débiteur est tenu du payement de son prix, et les traites « ne sont qu'un moyen de procurer ce payement, qu'une « forme nouvelle sous laquelle l'obligation subsiste tou- « jours avec son caractère primitif (1). »

Certes, si le sort du pourvoi eût dépendu de la question de novation, la Cour suprême l'eût accueilli; car, pour répéter ici les propres termes de son arrêt dans l'affaire Dugoulet et Barbaud (V. *suprà*, n° 245), *c'est dans le contrat de vente qu'était insérée* la stipulation du prix payable en lettres de change, *et des stipulations de cette nature... ne sont relatives qu'au mode de payement du prix; inhérentes et essentielles au contrat, elles ne peuvent être considérées comme distinctes et séparées du contrat où elles sont inscrites, ni de l'engagement dont elles sont une conséquence.* Mais là n'était pas le nœud de la difficulté. Il s'agissait de savoir si, quoique stipulées dans le contrat, les lettres de change ne sont pas soumises à une autre prescription que le contrat, considéré par abstraction de ces lettres, et quel serait, en droit, l'effet de cette prescription. Or, que répondit la Cour?

« La prescription de cinq ans, porte l'arrêt, est appli- « cable à toutes actions relatives aux lettres de change *et « autres effets de commerce, sans nulle distinction des « causes pour lesquelles ils auraient été souscrits;* » (et d'un autre côté) « *la prescription est une présomption lé- « gale et formelle de libération, etc...* » (15 décembre 1829).

(1) *Journal du Palais*, 1829, p. 1615.
On proposait un autre moyen tiré de la prétendue violation des art 2220 et 2221 du Code civil, touchant la renonciation à une prescription acquise. Nous n'avons point à nous en occuper ici.

M. Pardessus argumente aussi de cet arrêt dans son *Cours de droit commercial*, n° 221 ; mais il l'interprète en ce sens que les droits primitifs du vendeur survivent à la prescription. Nous n'essayerons pas de résumer la doctrine du savant professeur; l'analyse en serait difficile. Laissons-lui le soin de l'expliquer lui-même.

« Cette intention (celle de faire novation) n'est pas douteuse, lorsque le créancier le déclare dans l'acte nouveau, en termes exprès. Elle n'est pas moins évidente, lorsque la seconde obligation est absolument incompatible avec la première...

« Les conventions commerciales étant plus susceptibles que toutes autres de varier ou de se modifier au gré des parties, il faut peser avec scrupule toutes les circonstances pour s'assurer si l'on a voulu faire novation. Un exemple va servir à montrer combien elles peuvent influer. Un fabricant vend à un débitant des marchandises, pour le payement desquelles il se fait souscrire par l'acheteur des effets négociables ; il y aura ou il n'y aura pas novation, selon que le nouvel engagement a été donné pour remplacer ou seulement pour corroborer le titre du créancier, en facilitant le payement de ce qui dû, ou la négociation de sa créance. Si l'acte qui constate la vente est quittancé, si la convention exprime formellement que la marchandise sera payée en effets de commerce; en un mot, s'il apparaît que le créancier n'a pas voulu une double sûreté et n'a entendu prendre d'autres titres que des effets de commerce, les droits du vendeur contre l'acheteur seront prescrits par le laps de temps spécial pour la prescription de ces sortes d'engagements (rejet, 15 déc. 1829) (1).

(1) C'est bien là notre arrêt.

« Mais, comme on doit donner le moins d'extension « possible à une présomption, les circonstances et la con- « duite des parties peuvent encore servir à déterminer « jusqu'à quel point elles ont voulu faire novation. Ainsi, « lorsque la facture est quittancée valeur reçue en billets « à ordre, lettres de change ou mandats de payement qui « seraient prouvés avoir pour cause la valeur des mar- « chandises, il est plus raisonnable de supposer que ce « mode de règlement a été l'effet de la convenance ou du « choix du créancier, qui le soumet, sans doute, aux dé- « chéances et prescriptions spéciales pour les titres qu'il « s'est fait donner, mais qui ne change pas l'origine et la « cause de la dette de manière à lui en ravir les autres « avantages, tels que ceux de la revendication accordée, « dans certains cas, au vendeur non payé, ou les droits « hypothécaires attachés au titre originaire de la dette. « La délivrance d'effets de commerce n'est pas considérée « dans ce cas comme une cause de libération, le créan- « cier ne les prenant, selon le langage de la Banque, que « sauf encaissement. »

Ainsi, après avoir perdu sa cause en dernier ressort, et vu rejeter son pourvoi par la Cour suprême, le receveur général du Bas-Rhin aurait pu poursuivre Lorentz en vertu du contrat d'adjudication! Mais c'est là une erreur palpable. Les lettres de change ayant été données en règlement du prix, payer les lettres de change et payer le prix étaient une seule et même chose. Or, *la prescription*, porte l'arrêt, *est une présomption légale et formelle de libération*. Le prix était donc payé, en vertu de la présomption *juris* que les lettres de change l'avaient été. Par conséquent, il ne restait plus aucuns droits, aucune action quelconque au receveur général. Il pouvait seulement exiger que Lorentz *affirmât, sous serment, qu'il*

n'était plus redevable (art. 189, § 2) : faible ressource (1) !

Sans doute, les lettres de change stipulées *in contractu*, ne sont reçues que *sauf encaissement*. Mais, quand le vendeur a laissé prescrire des titres donnés en règlement ou en payement du prix, le *sauf encaissement*, exprimé ou sous-entendu, devient radicalement inutile.

On a dû remarquer le vague et la confusion qui règnent dans l'enseignement de M. Pardessus. Il n'y distingue même pas le *règlement* du prix des conventions sur le prix postérieures à la vente, distinction sans laquelle nous posons en fait qu'il est impossible d'avoir des notions nettes sur la novation et ses effets. Tout, dans cet enseignement, n'aboutit qu'à des maximes générales qui,

(1) « Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, nous « dit Pothier (*Des oblig*, n° 924), j'ai vu une infinité de fois déférer « le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une « partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans « ce qu'elle avait soutenu. »

Pour notre compte, nous ne l'avons vu qu'une seule fois, et l'un de nous, après avoir exercé la profession d'avocat pendant douze ans, remplit, comme magistrat, des fonctions judiciaires depuis plus de trente-six ans : Une veuve riche et de haute naissance avait vendu à son fils aîné des immeubles qu'on disait valoir plus de 80,000 fr. L'acte de vente était authentique et constatait que le prix avait été *numéré en présence des notaires*. Quant à l'origine de la somme, elle était aussi constatée par des actes d'emprunt, passés devant notaire. Les cohéritiers de l'acheteur attaquèrent la vente comme étant une donation déguisée qui excédait de beaucoup la portion disponible. L'aîné soutint la sincérité de l'acte, en première instance et en appel. Grand était l'embarras des juges. Il leur semblait bien que la défunte avait voulu assurer à son fils aîné le partage avantageux qu'il aurait eu sous l'ancien régime ; mais les actes étaient là en bonne et due forme. La Cour (3e chambre) déféra d'office le serment au prétendu acheteur, qui, assigné pour le prêter devant elle, laissa défaut. La vente fut annulée, et le défaillant ne forma point d'opposition à l'arrêt. L'un de nous opinait dans l'affaire.

ne précisant rien, et n'instruisant de rien, ne sont d'aucun usage ou conduiraient à l'erreur. L'auteur y recommande de *peser avec scrupule les circonstances et la conduite des parties*, pour savoir *jusqu'à quel point elles ont voulu faire novation* ; et, selon ces circonstances, il sera *plus raisonnable de leur supposer* telle intention que telle autre. Les présomptions sont permises ; on peut même les étendre ; seulement *on doit leur donner le moins d'extension possible*, etc. Avec cela, tirez-vous d'affaire comme vous pourrez. Mais, que peut-on en conclure définitivement, sinon que *la novation se présume*, et que le juge en décide au gré de son vouloir, ou par conjecture? Or, *la novation ne se présume pas* ; ce point est fondamental. En cette matière ardue, la meilleure loi est celle qui restreint le plus l'arbitraire du juge ; le meilleur juge, celui qui s'en arroge le moins : *Optima lex quæ minimùm relinquit arbitrio judicis ; optimus judex qui minimùm sibi.* C'est dans cet esprit qu'est fait l'art. 1273 du Code civil, disposition très-conforme à la raison du droit, car, dès que la novation est un contrat, des présomptions ne sauraient suffire ; il en faut la preuve, et la doctrine de M. Pardessus abandonne tout au jugement périlleux d'un pouvoir discrétionnaire.

Résumons la nôtre, ou plutôt résumons l'enseignement que nous avons puisé dans la jurisprudence de la Cour suprême, dont les arrêts sur la novation sont, en général, remarquables par une sage et ferme application des vrais principes :

1° Les effets de commerce, incompatibles ou non avec l'obligation *ex empto*, et quelle qu'en soit l'espèce, ont-ils été stipulés dans le contrat de vente ; immédiatement après ; ou depuis, mais en exécution d'une clause du contrat : point de novation du débiteur ; point de nova-

tion de la dette ; le prix est seulement réglé : *actio actioni adduplicatur ;*

2° L'acheteur a-t-il contracté sa seconde obligation, ou donné de nouveaux titres, postérieurement à un contrat qui ne l'y astreignait pas, alors on distingue :

Si la nature de l'obligation nouvelle ou des nouveaux titres est incompatible avec la nature du contrat de vente, la novation s'opère *ipso facto ;*

Au cas contraire, et quand les nouveaux titres sont du nombre de ceux dont la propriété se transmet de la main à la main, la novation est parfaite si le créancier ne proteste pas; et pas de novation s'il proteste;

3° Excepté le billet à domicile, ainsi que la lettre et le mandat de change qui, reçus *ex intervallo*, font toujours novation de plein droit, si les effets remis postérieurement au contrat et *nullo jure cogente* sont du nombre de ceux qu'on ne peut transmettre que par endossement, c'est le *sauf encaissement*, la délégation imparfaite ou novation conditionnelle du débiteur. La stipulation pouvait seule la rendre inconditionnelle.

Ces règles, peu nombreuses eu égard surtout à la complication de leur objet (1), sont claires et précises. Chacune d'elles régit un cas, multiple il est vrai, mais parfaitement distinct des cas que les deux autres régissent, et leur ensemble embrasse toutes les stipulations qu'on peut faire sur le payement du prix en papiers de crédit, au moment où le contrat se forme et depuis qu'il est formé.

Une dernière règle complète la théorie :

A quelque époque que des effets de commerce *à ordre*,

(1) La matière des cessions et délégations est une des plus épi« neuses du droit civil » (MM. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement, etc.*, n° 1114). Elle est encore bien plus épineuse dans le droit commercial !

quels qu'ils soient (1), lui aient été souscrits ou transmis, si le vendeur ou son cessionnaire laisse écouler cinq ans sans exercer de poursuites juridiques depuis le jour du protêt ou depuis le jour où le protêt aurait pu être utilement fait, et qu'il n'y ait pas eu reconnaissance de la dette dans un acte séparé, le prix de la vente est payé par les effets, et les effets sont éteints par la prescription.

Les effets de commerce reçus en payement de la chose peuvent n'être ni payés, ni même échus, à l'époque où l'acheteur est déclaré failli. Alors, le porteur soutient toujours, ce que les syndics ne manquent pas de contester, ou qu'ils sont tenus d'acquitter ces effets, ou que la provision lui en appartient, ou que, tout au moins, ayant un droit acquis sur cette provision, il est plus que créancier chirographaire. Nous avons consacré tout un paragraphe à l'examen de ces graves difficultés, qui, malgré la jurisprudence de la Cour suprême, invariablement contraire aux créanciers, s'y reproduisent fort souvent, diversement décidées dans les juridictions consulaires, et même par les Cours souveraines. Rien ne tient de plus près au *crédit*, *à la personne* et à la *loi d'égalité*, protectrice de ce crédit que Casaregis a si justement nommé l'*anima del commercio*.

(1) *Quels qu'ils soient*, car les mots *billets à ordre*, dont se sert l'article 189 du Code de commerce, s'entendent indistinctement de toutes obligations transmissibles par la voie de l'ordre (V. l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1829, rapporté *suprà*, p. 417). C'est ainsi que les *billets* dont il est parlé dans l'art. 638 du même Code comprennent les obligations quelconques souscrites par un commerçant pour fait de son commerce.

§ III.

DU CONTRAT ET DE LA LETTRE DE CHANGE; DISTINCTION ENTRE L'UN ET L'AUTRE; EFFETS DUS EXCLUSIVEMENT A LA LETTRE; NI LE CONTRAT, NI LA LETTRE NE CONSTITUE UNE CESSION DE CRÉANCE; INTERPRÉTATION DES ART. 116, 117, 118 DU CODE DE COMMERCE; INTERPRÉTATION DES ART. 136, 149 DU MÊME CODE, ET RÉFUTATION DES INDUCTIONS QU'ON A PRÉTENDU EN TIRER; DIVERGENCE ENTRE LA JURISPRUDENCE DE NOTRE COUR DE CASSATION ET CELLE DE LA COUR DE CASSATION DE BELGIQUE.

SOMMAIRE.

258. Espèce où le prix d'une vente est réglé en lettres de change à diverses échéances et sur diverses places; les unes *non acceptables;* d'autres protestées ou non protestées, ou non encore échues lors de la faillite du tireur, ou acceptées depuis par des tirés qui ne la savaient pas; celles-ci sans provision, celles-là avec provision, totale ou partielle, en valeurs différentes; droits du vendeur ou du porteur des traites en ces diverses hypothèses selon certains auteurs et suivant certains arrêts; extrême importance de cette question multiple, et raison de cette importance.

259. Exposition sommaire des systèmes enseignés sur le point de savoir si, quand la traite n'est pas échue ou qu'elle est protestée, la provision appartient au porteur, ou si cette provision, en quelque chose qu'elle consiste, reste dans l'actif du tireur failli; incohérence et contrariété des motifs sur lesquels ces divers systèmes se fondent; passage de Scaccia, dans lequel cet auteur déplore l'obs-

curité répandue sur la matière du change par ceux qui l'avaient traitée avant lui; cette obscurité n'est pas encore dissipée; le seul moyen d'en sortir, c'est une exacte analyse du contrat et de la lettre de change.

260. Avant tout, absolue nécessité de ne pas faire du contrat de change avec la lettre de change une confusion d'où naîtraient des difficultés sans nombre; recommandations expresses de Raphaël de Turri à cet égard; quelles choses constituent l'essence du contrat; sa définition; obligations principales qui en naissent; obligations qui naissent *ex naturâ contractûs*; le contrat de change ne se complique d'aucun autre contrat; il est simple, *sui generis*.

261. Le contrat de change n'exige pas seulement un moyen de preuve; il exige, en outre, un instrument d'exécution, et, dans les habitudes du commerce, cet instrument est la lettre de change; négociée par le preneur, elle propose au tiré deux mandats, et, autant d'endosseurs successifs, autant de mandats proposés qui tous n'ont qu'un même objet, le payement de la lettre; ce payement, perfection extrinsèque et consommation du contrat de change, n'est à ce contrat que ce que la tradition est au contrat de vente; la lettre n'est pas le contrat, ni le contrat la lettre.

262. La distinction du contrat et de son moyen d'exécution est nécessaire sous plusieurs rapports; indication de ces rapports; avantages commerciaux de la lettre de change; effets qui lui sont exclusivement dus; le contrat n'est qu'un mode de s'obliger; la lettre est à la fois un mode de s'obliger et un mode de payer.

263. Définition de la lettre de change; obligations qu'elle engendre; à part la reconnaissance de la valeur reçue ou passée en compte, ce qui n'est qu'une quittance donnée par le tireur au preneur, elle ne constitue qu'un mandat de payer donné par le tireur au tiré, *mandatum pecuniæ solvendæ*.

264. Texte d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1830, sur lequel sont calqués ses nombreux arrêts, postérieurement intervenus, relativement à la propriété de la provision dans le cas où le tireur vient à faillir;

les motifs de tous ces arrêts qui font confusion du contrat avec la lettre, sont trois propositions dont chacune est une erreur; résumé de ces propositions par l'énonciation des propositions inverses qui seront successivement démontrées; on fera voir, en outre, que la jurisprudence de la Cour suprême est contraire au bon ordre et à l'intérêt du commerce.

265. Le contrat de change, pas plus que la lettre, ne constitue un transport de créance; preuve de la proposition en ce qui concerne le contrat; passages de Scaccia et de Casaregis d'après lesquels, sans être une vente, le change se contracte et se parfait à la manière de l'achat et de la vente; l'essence du contrat de change est incompatible avec l'essence du contrat de cession de créance, et avec la transmission d'une propriété quelconque.

266. Preuve de la proposition en ce qui concerne la lettre de change; erreur de Dupuis de la Serra propagée par Merlin; ce qu'est la lettre de change, commercialement parlant; ce qu'elle est légalement; envisagée sous ce dernier aspect, elle peut avoir, en réalité, une autre cause que le change lui-même. Mais, lorsqu'elle est conçue dans la forme prescrite par l'art. 110, il y a présomption légale que les parties ont contracté un change antérieurement à la lettre, et cette présomption produit le même effet que si un change eût été contracté, à moins qu'il n'y ait preuve de quelque simulation prévue par l'art. 112, ou omission de quelqu'une des énonciations prescrites par l'art. 110; conséquences de la présomption.

267. La double obligation imposée au tireur par les art. 118 et 116 de garantir l'acceptation de la lettre, et de pourvoir à la provision, n'implique ni la cession d'une créance, ni le transport de rien autre chose.

268. Cas unique où le porteur puisse exiger la preuve qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre; c'est à ce cas que s'applique l'art. 116, dont la prévision n'est pas assez compréhensive; obscurité, fausseté, inutilité, inconvénient de l'art. 117.

269. Déductions que l'on prétend tirer des art. 136 et 149 dans trois arrêts de la Cour suprême.

270. Examen de l'art. 136, d'après lequel *la propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement;* en quoi la propriété transmise consiste; elle ne consiste pas en une créance du tireur sur le tiré, ni en une propriété quelconque que le tiré détienne ou possède pour le tireur; à cet égard, les arrêts font erreur; on y prend une chose pour une autre.

271. Preuve de cette proposition par un arrêt de la Cour suprême où il est dit que *le tireur demeure propriétaire de la provision..... jusqu'au jour de l'échéance*; incompatibilité de cette proposition avec la proposition énoncée dans l'arrêt de 1830 (22 novembre), où l'on pose en principe que la simple remise de la lettre de change au preneur lui transmet la propriété de la provision.

272. La quantité d'argent monnayé, objet de la lettre de change, ne s'identifie pas avec la provision, moyen de payement; c'est par erreur que deux arrêts de 1835 affirment le contraire.

273. L'obligation ne saurait être convertie en un mode d'acquérir; arrêt de 1835 par lequel la Cour suprême a jugé que la simple obligation de payer une somme d'argent suffit à transférer la propriété de cette somme; que néanmoins le tireur reste propriétaire de la provision, pour en supporter les risques jusqu'au jour de l'échéance de la traite; mais que, ce jour arrivé, le porteur devient immédiatement propriétaire de la provision, *sine ullo hominis facto*; réfutation de cette nouvelle doctrine.

274. Conférence de notre art. 149 avec l'art. 30, tit. 5. de l'édit de 1673, relatif aux *billets de change;* en quoi consistait cette valeur de crédit, *in notis*; entendu *ad verbum,* l'article cité de l'édit était une loi différente de celle que le législateur avait voulu faire; ce que son texte exprimait, et dans quel sens, malgré la précision de ses termes, on l'entendait dans l'ancienne jurisprudence, en vertu du principe *Mens est esse legis;* passage de Doneau.

275. Entre les deux lois comparées, l'analogie est parfaite; mêmes motifs, même objet, même erreur dans la rédaction; ce que l'on fit autrefois à l'égard de l'édit, il faut le faire aujourd'hui à l'égard du Code de commerce, en

recherchant dans le *propositum* de l'art. 149 quelle a été l'intention de cette loi plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

276. *Propositum* du Code dans son art. 149; la transmissibilité de la lettre de change par le simple endossement en constitue la principale utilité; il y avait été pourvu par l'art. 137; mais il ne suffisait pas d'en faciliter la négociation; il fallait de plus en assurer le crédit, et, pour cela, une triple tâche restait à remplir; laquelle; ce que l'édit avait essayé de faire quant aux billets de change, le Code voulait et aurait dû le faire par son art. 149, relativement à la lettre de change.

277. Suivant la Cour suprême, l'intention de cette loi aurait été tout autre: ce serait d'attribuer au porteur la propriété de la provision; cette doctrine mise en un double syllogisme par l'avocat du demandeur en cassation, lors de l'arrêt de 1830 (22 novembre), qui l'a consacrée.

278. Réfutation des deux arguments; on y suppose, *à priori*, que le contrat ou la lettre de change, ou les deux, cèdent au preneur, le preneur à son cessionnaire, etc...., une créance du tireur sur le tiré; fût il possible d'assimiler le change à la vente, l'objet d'une telle vente étant une somme d'argent, la propriété n'en saurait être transmise avant le fait de la numération des espèces.

279. Indication et preuve du vrai motif pour lequel l'art. 149 permet aux créanciers du porteur failli de former opposition au payement de la lettre de change; c'est un motif sérieux, fondé sur des textes de lois qui protégent les créanciers contre la fraude de leur débiteur commun et de ses complices.

280. Nonobstant les expressions négatives et, en apparence, limitatives de l'art. 149, l'opposition au payement de la lettre de change est permise aux créanciers du tireur failli dans les mêmes cas où elle est permise aux créanciers du porteur.

281. Le but du législateur dans l'art. 149 était bien moins de désigner ceux dont l'opposition serait admissible, que d'exclure par cette désignation ceux dont l'opposition porterait atteinte au principe essentiel que le porteur

doit être aussi certain d'encaisser à l'échéance que si le tireur eût traité avec lui seul; c'est une garantie analogue que le législateur de 1673 avait voulu donner au porteur d'un billet de change à ordre; l'ancien et le nouveau législateur ont également mal réussi à exprimer leur pensée (*sententia*).

282. Récapitulation abrégée des considérations dont le législateur a dû s'inspirer en rédigeant l'art. 149.

283. Une objection qui consiste à prétendre que le porteur de la lettre de change est un mandataire *in rem suam*, et, comme tel, propriétaire de la provision; sa réfutation; caractère distinctif du mandataire *in rem suam:* nulle parité, ni même aucune analogie, entre le mandataire *in rem suam* et le porteur d'une lettre de change; vrai sens de la maxime de Casaregis *Mandatum quod inest in cambio, etc* ..

284. La faillite du tireur révoque le mandat de payer que sa lettre de change avait donné au tiré; principe de Casaregis sur ce point de droit, conforme à l'art. 2003 du Code Napoléon; loin d'y être contraire, l'art. 121 du Code de commerce le confirme; deux raisons pour lesquelles le tiré qui a accepté ne sachant pas la faillite du tireur, n'est pas restituable contre son acceptation.

285. Texte de l'art. 110 du Code de commerce hollandais, lequel exprime les vrais principes sur la propriété de la provision.

286. Dernière conclusion : la propriété de la provision n'appartient au porteur ni en vertu des principes du droit, ni en vertu des textes que l'on cite pour la lui attribuer.

287. Au fond des choses, cette prétendue propriété n'est qu'un privilége déguisé; les arrêts de 1835, 1836 et 1850, le font clairement entendre; preuve que le porteur n'a pas plus de privilége sur la provision qu'il n'en a la propriété.

288. En remontant au point de départ, toute cette dissertation se résume en deux seuls principes conformes aux définitions données nos 262 et 263 : quant au contrat de change, *unum est cambium*; quant à la lettre de change, *nudum est mandatum injunctum alicui ut solvat.*

289. Telle est la certitude de ce double principe que, en voyant

la Cour suprême s'en écarter en matière de provision, on pourrait lui supposer la conviction de faire quelque chose d'utile au commerce, ce qui serait une erreur.

290. *La jurisprudence est contraire à l'intérêt et au bon ordre du commerce*: positions comparées d un acheteur qui a payé d'avance le prix de certaines marchandises à livrer, et du preneur qui a payé le prix ou fourni la valeur d'une lettre de chang ; ce qui est contraire à l'égalité en matière de faillite est contraire à l'intérêt du commerce.

291. L'attribution au porteur de la propriété de la provision ou d'un privilége sur la provision, n'est d'aucune influence sur le crédit et la circulation de la lettre de change; loin d'avoir, en aucun temps, suivi le principe adopté par la nouvelle juri-prudence, le commerce l'a toujours repoussé comme une source de désordre et d'injustices.

292. *Nec immeritò,* car le nouveau système *facil te la banqueroute frauduleuse;* il fournit au banqueroutier un moyen sûr de *dépouiller la masse de ses créanciers au profit de ceux d'entre eux qu'il veut apaiser ou favoriser;* explication du procédé.

293. Réappel à l'autorité de Scaccia, de Phoonsen et de Casaregis.

294. Divergence entre la jurisprudence de notre Cour de cassation et celle de la Cour de cassation de Belgique.

258. — Un négociant vend et livre à un autre négociant pour 100,000 fr. de marchandises, dont la facture est réglée en plusieurs traites fournies par l'acheteur ou de son ordre sur diverses places, et à diverses échéances.

Survient la faillite du tireur ou ordonnateur, et, à ce moment, des diverses lettres de change dont le bénéficiaire est porteur ou qu'il a négociées, les unes ont été protestées, les autres ne sont pas échues; il en est d'ac-

ceptées; d'autres qui ne le sont pas, ou n'étaient *pas acceptables* (1).

Quant aux tirés, les uns sont débiteurs de sommes égales, ou inférieures au montant des dispositions faites sur eux; les autres sont en compte courant; ceux-ci ont reçu des consignations de marchandises, non vendues ou qui ne le sont qu'en partie, le prix encore dû ou partiellement payé; ceux-là sont chargés de faire des recouvrements, ou de se prévaloir sur une place indiquée; quelques-uns n'ont encore que les factures ou les connaissements des marchandises annoncées; il en est aux mains desquels opposition au payement a été faite avant ou après la faillite.

Dans toutes ces hypothèses, quels sont les droits des porteurs envers les tirés, et envers la masse du failli, tireur ou ordonnateur des traites?

Nulle question n'est plus grave, car, suivant qu'elle sera décidée de telle ou telle autre manière, 100,000 fr. sortiront de l'actif au profit d'un seul des créanciers, ou y resteront répartibles entre eux tous.

Nulle question aussi n'a été plus torturée, *vexata*. On a fait du porteur un créancier chirographaire, un créancier privilégié, un propriétaire, un quasi-propriétaire, un cessionnaire de créance.

259. — Plusieurs systèmes sont enseignés; deux sont absolus et diamétralement opposés; les autres s'en rapprochent plus ou moins.

Le premier de ces systèmes attribue au porteur, d'une manière absolue, l'incommutable propriété de la provision,

(1) V. *infrà*, n° 267, *in notis*, ce que ces mots signifient dans le commerce.

s'il en existait une aux mains du tiré avant le jugement déclaratif. C'est la doctrine de la Cour de cassation.

Les partisans du second système ne voient à la charge du tireur, dans le contrat de change, qu'une obligation de faire payer, ou de payer subsidiairement lui-même, et, dans la lettre de change, qu'un moyen d'exécuter la première de ces obligations. C'est la doctrine d'un certain nombre de Cours impériales, de la Cour de Bruxelles et de la Cour de cassation du royaume des Belges (1).

Parmi les sectateurs des autres systèmes, les uns enseignent que, la traite ayant été acceptée avant la faillite, l'acceptation spécialise la provision, et en fait un corps certain, sur lequel peut reposer la propriété du porteur (2).

Les autres veulent que, lorsque la provision a été spécialement affectée au payement de la lettre de change, elle soit un gage, une garantie qui assure au porteur le payement de cette lettre (3).

Quelques-uns disent : le protêt, faute de payement, opère, au profit du porteur, la *saisine* des sommes ou valeurs qui composent la provision (4).

Il est des arrêts qui jugent que la simple remise de la lettre suffit pour affecter la provision au porteur et l'en saisir (5).

(1) Toulouse, 17 avril 1821, n° 132; *id.*, 20 mars 1830, n° 223. Montpellier, 1er juillet 1831 ; *id.*, 16 décembre 1831, n° 139. Cour de Bruxelles, 19 février 1829. Cassation de Belgique, 25 juin 1840. — Dalloz, v° *Effets de commerce*, p. 135 et suiv.

(2) V. *Jurisp. gén.* de Dalloz, v° *Effets de commerce*, n° 228.

(3) Rennes, 6 février 1822 ; Cass., 25 juin 1825 ; *ibid.*, n° 64.

(4) Paris, 31 décembre 1827; *ibid.*, p. 141; Aix, 1er juillet 1828, p. 142 ; Vincens, t. 2, p. 367.

(5) Cass., 3 août 1835; Grenoble, 10 avril 1845; Rouen, 20 avril 1845; Dalloz., v° *effets*, p. 141.

Mais ces débats en entraînent bien d'autres, où les avis ne sont pas moins partagés.

Qu'est-ce que la provision? Doit-elle consister en une somme d'argent? Faut-il que la dette du tiré soit exigible et liquide, ou seulement exigible? N'y a-t-il pas provision, même sans cette exigibilité? La provision peut-elle consister en des marchandises, en remises, en un crédit, en un compte courant, et à quel moment arrêter le solde du compte courant? Est-il nécessaire que la provision soit spécialement affectée au payement de la lettre? Qu'est-ce qui constitue cette affectation spéciale, et suffit-il, pour cela, de la réciproque volonté du tireur et du preneur, etc.? L'affectation n'existe-t-elle pas, *ipso facto*, par la remise ou par l'endossement de la traite? *Quid*, si plusieurs porteurs prétendent droit à la même provision? *Quid*, si le tiré prétend aussi la retenir, pour se payer de ce qui lui est dû par le tireur?

Sur toutes ces difficultés et bien d'autres, on est loin d'être d'accord; elle se compliquent même d'une étrange confusion dans les idées, et d'une logomachie inintelligible en droit.

L'un enseigne que c'est par l'intention des parties ou par les circonstances de la cause, que le porteur acquiert sur la provision un droit exclusif (1).

Un autre avance que, si l'affectation spéciale de la provision ne rend pas *légal* le privilége du porteur, elle le justifie *moralement*; à vrai dire, la provision, la lettre de change *matérialisée*, est à lui (2).

Ailleurs, on affirme que, « par son acceptation, le tiré

(1) Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Effets de commerce*, n° 4; Nîmes, 3 juillet 1835.

(2) *Ibid.*, n° 229; Nouguier, p. 201.

« débiteur mandataire, s'unissant aux intentions du man-
« dant, fait sortir de sa dette une partie suffisante pour la
« provision ; il la met en réserve en dehors de son actif ;
« il annonce sa volonté au porteur, qui dès lors est saisi
« par le concours des deux intéressés (1). »

Plus loin, on avoue que la propriété du porteur est une *propriété anormale*, mais toutefois il est certain, dit-on, qu'il a voulu être plus qu'un créancier (2).

En voyant tant de disparates, tant de divergences, tant d'incohérences et de contradictions, Scaccia, s'il pouvait revivre, ne s'écrierait-il pas aujourd'hui comme autrefois : O matière cambiste, la plus abstruse et la plus inextricable entre toutes celles qui le sont le plus ! Combien les controverses des docteurs ne t'ont-elles pas obscurcie ! Plus ils se sont efforcés de défaire le nœud, plus étroitement ils l'ont serré, en y ajoutant d'autres : *Cambiorum materiam abstrusissimam, intricatissimam et doctorum opinionibus offuscatam !... Volentes solvere nodum, quò magìs solvere nixi sunt, eò magìs strinxerunt, et nodos multiplicârunt.*

L'absence d'une règle uniformément observée dans une matière aussi usuelle accuse une extrême confusion dans les idées et les choses, et cette confusion témoigne à son tour avec énergie, ou que le principe fondamental n'a pas été saisi, ou qu'il s'en fait des applications inintelligentes.

Où trouver le criterium qui mette en évidence l'erreur et la vérité? Nulle part ailleurs que dans une exacte analyse du contrat et de la lettre de change. Nous ne voyons pas d'autre issue à ce labyrinthe, *inextricabilis error.*

(1) Locré, art. 116, § 1 ; Nouguier, p. 206, n° 5.
(2) Dalloz, *ibid.*, n° 231 ; Pardessus, t. 1, n° 328, *L. de ch.*

La théorie démontrée, toute décision conforme sera pour nous dans le vrai, et autant de solutions contraires, autant de mauvaises solutions.

260. — Au point de départ, signalons une faute grave, la confusion que l'on fait, bien souvent sans le savoir, du contrat de change et de la lettre de change. Cette erreur n'est pas nouvelle. Il y a plus de deux siècles, Raphaël de Turri la reprochait à ceux qui, en traitant la matière avant lui, avaient pris pour une identité la connexion existant entre la lettre et le contrat ; erreur capitale que le savant auteur dénonçait comme une source abondante de difficultés ténébreuses, entrelacées les unes aux autres : *Viri docti hæc pertractantes, ducti connexitate prædictorum, de eis atque ullâ distinctione et conjunctim egerunt, omnia confuderunt, et in inextricabiles difficultates se conjecerunt, ac tenebris densissimis involverunt. (Ad secund. disput. transit.)*

Mettons le conseil à profit, et demandons-nous :

Qu'est le contrat de change ?

Qu'est la lettre de change ?

Quels sont les effets de l'un et de l'autre ?

Ces effets sont-ils les mêmes ou différents ?

Quant au contrat, quatre choses en constituent l'essence :

Premièrement, une somme d'argent à remettre et à faire avoir, c'est-à-dire dont le payement est ordonné pour être fait en un lieu convenu. C'est la matière spécifique du contrat : *In hoc contractu, ex parte utriusque contrahentis, venit pecunia...* (De Turri, Disput. 2, q. 22, n° 3). Dans les relations actuelles du commerce, il est entendu que le change proprement dit ne s'exerce que sur l'argent monnayé : *Certum autem in arte de quâ agi-*

mus, et per contractum quem examinavimus, nihil aliud quæri nisi pecunias in contractu cambii deductas (De Turri, *ad secund. disput. transit.* — Daniels, Grundsätze des Wechselrechts, S. 71) (1).

Secondement, un prix de la remise, ou une valeur appréciée qui tienne lieu de ce prix. Sans cette condition, point de change, *negotiatio pecuniæ cum pecuniâ.* L'une des deux valeurs est le prix de l'autre (2).

Mais il n'est pas exigé que ce prix soit payé au moment du contrat. Ce contrat n'est pas de la classe de ceux que Pothier appelle contrats *réels* (*Oblig.*, n° 10) : *Cambium ad suî substantiam non exigit pecuniarum interventum; sed habitâ fide valutæ ipsius, celebratur* (De Turri, Disput. 1, q. 6, n° 8. — Scaccia, § 1, q. 5, n°ˢ 2 et 10).

Ce qui établit ce prix, c'est la concurrence du marché, le besoin pour les uns de tirer ou de recouvrer sur telle place ; pour les autres, le besoin d'y remettre ou d'y payer; pour tous, l'avantage d'éviter les frais et les risques du transport des fonds. C'est par la combinaison de toutes ces circonstances que, relativement aux contractants, telle somme d'argent peut valoir plus dans un lieu qu'elle ne vaut dans un autre, l'argent fût-il au même titre et de la même valeur dans l'un et l'autre lieu : *Una pecunia,* propter cursum, *valet plus uno loco quàm alio, licet sit ejusdem ponderis et mensuræ* (Scaccia, § 1, q. 4, n°ˢ 26 et 28).

(1) En réalité, il n'est aucun motif de ne pas appliquer le change aux choses fongibles (celles qui se consomment par le premier usage qu'on en fait), et qui ont un cours régulier (V. *suprà*, n°ˢ 106 et suiv., et n° 149, une opération analogue, exécutée par des *ordres de livraisons* V. aussi le Code des Deux-Siciles, sect. 2, *Degli ordini in derrate* (denrées), art. 189).

(2) *Ex parte utriusque contrahentis venit pecunia; ex parte unius, sub nomine pretii, ex parte alterius, sub nomine appretiati.*



Troisièmement, la remise d'un lieu sur un autre lieu, *distantia locorum*. Sans cette remise, pas de change de place : *Cambium fit de loco ad locum* (Scaccia, § 1, q. 5, nos 2 et 10). C'est aussi ce que De Turri enseigne (Disput. 1, q. 9, n° 23) : *Requirit locorum distantiam, sine quâ nec esse, nec intelligi potest;* condition substantielle et caractéristique qu'aucun pacte, aucune convention ne peut remplacer : *Cùm distantia localis sit de substantiâ cambii, nullum pactum, nulla conventio contrahentium potest admitti* (*eod.*, q. 29, n° 10).

Quatrièmement, le consentement des parties. Le contrat de change est parfait dès qu'on est convenu de la somme à remettre, du prix, du lieu et de l'époque de la remise : *Convento namque de plateâ, re et pretio, satis intelligitur celebratus contractus cambii, quoad substantialia ipsius* (De Turri, *eod.*, q. 11, n° 16; Disput. 2, q. 2, n° 26). Le consentement est de l'essence de tous les contrats; mais ce qui donne à chaque contrat sa forme substantielle, et le distingue de tous les autres contrats, ce sont les choses sur lesquelles le consentement intervient (1). Or, c'est la volonté de l'un de remettre, de l'autre, d'avoir une remise, qui spécialise leur consentement mutuel, et en fait un *contrat de change*.

Enfin, ce contrat n'exige ni écriture (2), ni tradition, ni formalités aucunes.

Le contrat de change est donc « un contrat du pur droit « des gens, par lequel l'un des contractants s'oblige à re-

(1) Licèt consensus sit quædam veluti materia communis et generalis unicuique contractui genere sumpto, constituitur postmodùm in suo esse specifico per formam per quam inesse deducitur ad hanc vel illam formam contractûs per quam differt ab aliis (De Turri).

(2) Scaccia, § 1, q. 5; Phoonsen, ch. 1, art. 16, ch. 2, art. 1.



« mettre en un lieu désigné une somme d'argent dont « l'autre contractant lui paye actuellement, ou s'engage « à lui payer le prix ou la valeur dans un autre lieu (1). »

Deux choses, comme on le voit, le caractérisent : la remise de place en place, *distantia localis*, et son objet, qui ne peut être que de l'argent monnayé. *non versatur nisi circà pecunias.* Voilà pourquoi Raphaël de Turri l'appelle *pecuniarius contractus* (Proleg., n° 28); dénomination énergique et vraie.

Nul auteur peut-être n'a mieux qualifié le change. Après l'avoir comparé avec les conventions analogues, il arrive par le rapprochement et par l'analyse à cette conclusion : Le change est un contrat nouveau, *nova species*, utile et belle invention du commerce, *et illa quidem nobilissima et utilissima*, doté d'un nom propre, *nomen habet apud omnes et quidem celeberrimum*, armé d'une action du même nom, *actionem sibi cognominem parit* (*Disput.* 1, q. 9, n° 23; q. 10, n°s 17-29).

Outre les obligations que la définition du contrat exprime, il en naît d'autres *ex naturâ contractûs*. On peut ainsi les résumer :

De la part du *debitor cambii*, celui qui doit remettre,

Obligation, s'il ne satisfait pas à son engagement, d'indemniser l'autre partie ou son porteur d'ordre, de tout le préjudice : *Quanti intererit illud de quo convenerit, non accepisse;*

Ce qu'il doit, ce n'est pas un corps certain, *species* ; c'est une espèce, une quantité, *genus*, *quantitas* ;

(1) E un contratto che si perfezionna a guiza del contratto di venditate compra, con sol consenso, cioè col convenirsi trà contraenti del denaro che si vuol rimittere in qualche logo, e del prezzo o valuta delle rimesse Casareg., Disc. 49, n° 10; De Turri, Disput. 1, q. 2, n° 1; q. 11, n° 1).

De la part de celui à qui la remise est due, *creditor cambii*,

Obligation de constater dans un temps prescrit le refus de payement, base de son action récursoire.

De la définition du contrat et des obligations accidentelles qui en naissent, résulte une double conséquence que nous ne croyons pas contestable :

Le contrat de change ne se compose ni de prêt, ni de vente, ni de cession, ni de louage, ni de mandat, ni de société;

Il est un, simple, seul de son espèce : *unum est cambium* (1).

(1) Scaccia, § 1, q. 4.

Remarquez, avec ce savant auteur, l'époque respective, dans l'ordre des idées et des besoins de l'homme, de trois opérations du commerce:

L'échange, opération primordiale ; il a précédé la vente : *Permutatio antiquior emptione;*

La vente; elle a succédé à l'échange après l'invention de la monnaie : *Cœpit solùm post inventum pecuniam ;*

Le change; il prend naissance, quand l'argent monnayé, moyen de commerce, devient lui-même un objet de commerce : *Posteà fuit inventa permutatio quæ dicitur cambium* (Scaccia, *ibid.*).

Le contrat de change, considéré dans les choses qui en constituent l'essence, n'est donc pas plus composé que l'échange et la vente.

Nul contrat n'a été l'objet de plus de discussions. Théologiens, casuistes, jurisconsultes, praticiens, tous ont écrit sur le change. Le change est-il un prêt? un contrat nommé? un contrat innomé? une vente? un louage? un mandat? un contrat composé, *collatis undique membris?* un contrat simple et *sui generis?* Au milieu de toutes ces discussions, l'idée première et vraie se dénaturait, *doctorum opinionibus offuscata.*

Cette idée n'a pas été moins obscurcie dans les temps modernes. On lit dans les motifs du Code : « Le contrat de change a fixé l'at« tention des jurisconsultes les plus distingués. Leur sagacité s'est « exercée à en examiner scrupuleusement l'essence. Dans l'analyse

261. — Mais, s'il est un contrat qui exige non-seulement un instrument de preuve, mais aussi un moyen d'exécution, certes, c'est le contrat de change (1) ; car il a pour double objet de payer et de recevoir dans un lieu plus ou moins éloigné, et l'on ne paye ni ne reçoit par la seule pensée, par le seul consentement; *solutio est facti.*

Le mode usuel d'exécution est la lettre de change (2).

Ordinairement, quatre personnes y concourent :

Deux, dans le lieu où le change se contracte : *Qui accipit cambio et qui dat cambio*, le tireur et le preneur. Ce sont les parties contractantes.

Deux, dans le lieu où se fait le payement : *Qui solvit et qui solutionem recipit*, le tiré et le porteur. C'est par eux que le payement s'effectue.

Quand le bénéficiaire négocie la lettre (*quod plerùmque fit*), deux mandats sont donc adressés au tiré : l'un par le tireur, qui lui mande de payer au preneur ou à l'ordre du preneur; l'autre, par celui-ci, qui lui mande de payer au porteur. Le payement, exécution de ce double mandat, n'est pas plus le contrat de change que la tradition n'est le contrat de vente. Mais cette exécution lui donne sa perfection extrinsèque et le consomme, de la même manière que la tradition consomme le contrat de vente : *Per solutionem pecuniarum, perficitur extrinsecè contractus* (De Turri, *ad secund. disput. transit.*).

In rei veritate, la lettre de change n'est qu'un mandat,

« qu'ils en ont faite, ils y ont trouvé le contrat de mandat, d'é-
« change ou de vente, etc... »

(1) Litteræ cambii non conficiuntur ad effectum probandi tantùm, sed etiàm pro executione contentorum in eis (De Turri, Disput. 2, q. 3, n° 23).

(2) Casareg., Disc., 52, n° 4; De Turri, *eod.*, q. 3, n° 8.

qu'un ordre écrit de payer donné d'un lieu sur un autre lieu où cet ordre doit être exécuté : *In eis* (litteris) *necessariò mandatum censeri oportere, nec sine eo stare posse et consequenter esse de substantiâ litterarum* (De Turri, Disput. 2, q. 3). La lettre n'est donc pas le contrat ; le contrat n'est donc pas la lettre. Seulement la lettre se rattache au contrat comme un moyen convenu d'exécuter le contrat.

262. — La distinction est absolument nécessaire sous un triple rapport : 1° parce qu'un contrat et son mode d'exécution ne sont pas *quid unum et idem ;* 2° parce que la loi réglemente la lettre et non le contrat; 3° parce que la loi attache à la lettre des effets particuliers.

Un contrat, dit Casaregis, peut être parfait de deux manières, ou quant à son existence, ou quant à son exécution : *Contractus dupliciter perfici potest, uno quoad* substantiam, *altero quoad* executionem. L'une et l'autre perfection sont distinctes et produisent des effets différents : *Et una perfectio est longè diversa ab aliâ, et diversos parit in jure effectus* (Disc. 59, nos 16, 18).

Effectivement, le contrat de change n'est ni ne peut être que le contrat de change. Mais la lettre de change, ordre de payement, peut s'approprier à toute autre fin que la fin du contrat dont elle porte le nom. C'est une vérité dont témoignent les art. 110, 112.

Mode d'exécution du contrat, elle est douée d'une plus ample vertu que le contrat lui-même.

Remplir l'office de l'argent monnayé en même temps qu'elle est elle-même un article de commerce, qui augmente la masse des valeurs en circulation ; être un moyen de payer, de recouvrer, de compenser, de virer à distance, de solder par un seul payement une infinité de

transactions successives; tout cela, sans les frais ni les risques du transport des espèces, et sans perte de temps (V. *suprà*, n° 256), tels sont, en somme, les avantages de la lettre de change. Ces avantages ne sont pas l'effet du contrat. Ils sont exclusivement dus au papier commercial, titre de l'exécution.

Dans le commerce, la lettre de change est traitée comme marchandise. Son cours hausse ou baisse, comme celui d'une marchandise, suivant que, sur la place où elle est escomptée, il y a disette ou abondance de lettres sur une place donnée. Pourquoi, dit M. Daniels, l'escompte n'est-il pas assujetti au taux de l'intérêt? **Warum man sich bei dem Diskonto an den Zinsfuß nicht bindet?** La raison en est que le preneur se propose, non de prêter une somme au donneur, mais d'acheter une lettre qui se marchande comme toute autre marchandise : **Davon liegt die Ursache darin, weil es die Absicht des Wechselnehmers nicht ist, dem Wechselgeber den Betrag zu leihen, sondern nur einen Wechsel, der wie jede andere Waare behandelt wird, zu kaufen.** (*Ibid.*, S. 173, 174. V. n. t. 3, n° 340, *in fine*).

Ce sont la nature du titre, sa négociabilité, sa flexibilité à se prêter à tous les besoins du commerçant, qui en font un puissant moyen de commerce. L'instrument, plus énergique que le contrat, a, pour ainsi dire, absorbé le contrat.

Aussi n'est-ce pas le contrat, qui partout est le même, mais la lettre de change, que réglementent les diverses législations. Préciser la forme de la lettre, définir ses conditions d'existence et de validité, déterminer les droits et les devoirs de celui qui la prend et de celui qui la tire, y intervient ou y accède, régler le mode et les conséquences de sa négociabilité et de sa négociation, pres-

crire le mode et les délais des recours, voilà le but que les Codes se proposent.

On s'oblige par la lettre de change, on paye par la lettre de change; la lettre de change est donc à la fois un mode de s'obliger et un moyen de payer.

Pourquoi le Code précise-t-il si minutieusement les énonciations essentielles à sa validité? A quel dessein lui a-t-on imposé des conditions d'existence qui la distinguent de tout autre papier commerçable? C'est qu'au papier législativement décrit sont attachés certains effets qui lui sont propres (1).

Est-elle conçue dans la forme prescrite, les parties n'eussent-elles réellement pas contracté un change, elles sont réputées l'avoir contracté, et, à moins qu'on n'y ait omis quelqu'une des énonciations exigées, elles subissent, en cet état, les conséquences légales de leur engagement présumé. Par exemple, quelle que soit la qualité des signataires, ils sont tous justiciables du tribunal de commerce, et contraignables par corps.

La forme de la lettre de change est déterminée par l'art. 110. Si l'on y a fait une seule des suppositions prohibées par l'art. 112, point de lettre de change entre le tireur et le bénéficiaire. Il n'y en a même pas au profit du tiers porteur s'il a participé à la simulation ; ce n'est qu'une simple promesse.

263. — D'après les explications qui précèdent, « la « lettre de change est une missive datée, par laquelle le « souscripteur mande à tel individu résidant en tel autre

(1) *Propres*, en ce sens toutefois que les effets du billet à ordre sont les mêmes (sauf certains cas relatifs à la compétence), par l'assimilation que l'art. 187 fait de ce billet à la lettre de change.

« lieu, de payer tel jour en ce lieu (quelquefois au domi-
« cile de tel autre individu), à telle personne ou à l'ordre
« de cette personne, ou à son propre ordre, une somme
« déterminée, avec énonciation spéciale de la valeur reçue
« pour cette somme, ou de sa valeur en compte » (art. 110 et 111).

Ou cette définition est fausse (et nous l'avons calquée sur le pur texte de la loi), ou il est aussi clair que le jour que la lettre de change n'est qu'un mandat de payer, *mandatum pecuniæ solvendæ.*

264. — Telle n'est cependant pas la jurisprudence de la Cour de cassation. Les motifs en sont consignés dans l'arrêt qu'on va lire :

« Vu les art. 115, 136, 149 du Code de commerce ;

« Attendu que, d'après ces articles, l'effet de la lettre
« de change est que, par ce contrat, le tireur transmet au
« preneur la propriété de la somme cédée, dont il est tenu
« de faire la provision à l'échéance, et d'où il suit que le
« preneur est propriétaire de la provision, et qu'il peut
« l'exiger à ce titre, si elle existe aux mains du tiré au
« moment de l'échéance ;

« Attendu qu'il est constant en fait que Sauvan a tiré,
« à une époque où il était encore dans la plénitude de ses
« droits, la lettre de change dont il s'agit, en affectant au
« payement de cette lettre une provision déjà faite, dont
« une partie existait aux mains du tiré à l'époque de l'é-
« chéance; qu'ainsi Duval, porteur, était propriétaire de
« cette partie, et pouvait l'exiger à l'exclusion des créan-
« ciers de la faillite du tireur, lesquels, n'étant à l'égard
« de Duval que les ayants-cause de Sauvan, et consé-
« quemment garants envers lui du payement de la lettre,
« étaient, par cela même, non recevables à lui contester

« cette propriété » (arrêt du 22 novembre 1830) (1).

A la lecture de ces mots : « Attendu que l'effet de la « lettre de change est que, *par ce contrat*, etc. », on se demande si l'arrêt veut dire que la lettre de change est un contrat translatif de propriété, ou s'il veut faire entendre que le contrat transmet la propriété au moyen de la lettre. Mais ce qui lève tout doute à cet égard, c'est un arrêt du 3 février 1831 (2), où il est dit : « Attendu « que le contrat de change a pour effet la *cession* d'une « somme que le tireur s'engage à faire trouver au por- « teur, à jour fixe, dans une place chez le tiré, ladite « somme représentant celle que le tireur reçoit pour prix « de la *cession opérée* par la traite ou la lettre de « change. »

Ainsi, confusion complète de la lettre et du contrat, cette erreur capitale signalée par Scaccia et Raphaël de Turri ; car c'est bien les confondre que de leur faire produire le même effet (3).

Tout au contraire, nous disons avec ces auteurs :

La lettre de change ne constitue ni la cession d'une créance, ni la transmission de la propriété d'une valeur quelconque.

Il en est autrement à la Cour suprême.

Ses arrêts transforment et la lettre et le contrat lui-même, soit en une cession de créance, soit en un trans-

(1) *Junge*, 15 février 1832. Il en est beaucoup d'autres. Nous ne pouvons les transcrire tous.

(2) Les arrêts que nous citons sont tous au *Journal du Palais*, dans l'ordre de leur date

(3) Le contrat est tellement distinct de la lettre que, si je promets ici de vous faire payer 4,000 fr. à Brest chez Zachar, à telle époque, je puis y aller moi-même porter mon argent, et le contrat de change sera tout aussi bien exécuté que s'il y avait eu lettre de change.

port de la provision, s'il y a provision en quelque autre chose que ce soit;

La somme à payer, objet de la lettre de change, ils l'identifient avec la provision, moyen de payer la lettre;

Une simple obligation, ils la transforment en un mode d'acquérir;

Et, pour que rien ne s'oppose aux conséquences de cette doctrine, ils érigent en principe que la masse du tireur est son ayant-cause.

A notre avis, toutes ces décisions ne répugnent pas moins au droit de la lettre de change et au droit des faillites, qu'au crédit commercial et au bon ordre du commerce.

1° Ni le contrat de change, ni la lettre de change, ne constitue une cession de créance.

265. — Pour ce qui est du contrat, la raison en est évidente. En effet, pas de cession possible sans une créance cédée, existant au moment du transport, et propriété du cédant: *Non potest fieri cessio, nisi is cujus nomen ceditur, sit debitor cedentis* (1); principe consacré par l'art. 1693 du Code Napoléon.

Mais, comme on vient de le voir, n°s 260 et 263, toute l'obligation du tireur est de remettre une somme d'argent d'un lieu en un autre lieu; et, pour cela, quel besoin qu'il ait une créance sur le tiré, ou quelque autre valeur chez ce mandataire?

Disons-le donc avec Scaccia (2) : Le change n'est pas une cession: *Cambium non est contractus cessionis;* lequel exigerait que le tiré fût débiteur du tireur: *de cujus*

(1) Casareg., Disc., 196, n° 13; Scaccia, q. 5, n° 3; De Turri, Disput., 1, n°s 9, 11.

(2) § 2, Gl. 5, n° 315, *in fine.*

naturâ esset quod ille cui diriguntur litteræ esset debitor scribentis litteras; et que ce débiteur fût expressément cédé; *et adhuc requireretur expressio nominis.*

Scaccia dit bien : *Pecunia absens emitur pecuniâ præsenti.* Casaregis dit également : *Il cambio non è altro che una compra del denaro assente col presente, cambiandosi questo con quello.* Mais, par ces locutions et autres du même genre, qu'expriment ces auteurs? Que le change se contracte et se parfait à la manière de la vente, *al guisa del contratto di vendita e compra;* que, comme dans la vente, il y a une chose et un prix, de même dans le change, il y a une monnaie prix et une monnaie marchandise, et que le change s'opère par la même opération que la vente. Tel est, en effet, le mode qui, adopté dans la pratique comme le plus commode et le plus facile, a passé dans l'ordonnance de la loi (art. 110). C'est pourquoi, dans le change entre Paris et Londres, Londres *donne le certain*, c'est-à-dire, la monnaie anglaise est marchandise; Paris *donne l'incertain*, c'est-à-dire, la monnaie française est prix; partant, le taux du change devra se coter en *francs* (1).

En un mot, par la comparaison du change à la vente, les auteurs cités expriment que le change est la vente d'une quantité d'argent monnayé livrable en un lieu, pour une quantité d'argent monnayé payée ou payable en un autre, *pecuniarius contractus* (2).

(1) Licèt namque in contractu cambii, ex parte utriusque contrahentis, veniat pecunia, cùm tamen ex parte unius veniat sub nomine pretii, ex parte alterius nomine appretiati, rectè dicimus eum qui primò dat sub nomine pretii ad cambium, acquirere; qui verò recipit, distrahere rem scilicèt appretiatam, in alio loco, scilicèt destinatæ solutionis (Raphaël de Turri, Disput. 1, q. 15, n° 14).

(2) Cùm ex parte utriusque contrahentis pecuniam exigat, meritò

Voir une cession dans le change, c'est donc y voir l'impossible. L'essence du change y résiste. S'il était cession ou transport, il ne serait pas change.

Ce que nous avons dit plus haut de la prétendue cession de créance, n'est pas moins vrai du prétendu transport de la propriété d'une chose du tireur chez le tiré ; *ubi eadem ratio, idem jus.*

266. — Mais ce que le contrat de change ne saurait produire, la lettre de change le produirait-elle? On le pense, on le juge à la Cour de cassation, et pourtant c'est une erreur dont il n'est pas indifférent de connaître la source.

On sait que Dupuis de la Serra a mis en découpures l'œuvre originale et scientifique de Scaccia :

.... *Unus et alter*
Adsuitur pannus..........

Dupuis de la Serra paraît être le premier à qui l'idée soit venue de faire du change une cession de créance. « La lettre de change, dit-il (chap. 3, n° 13; chap. 9, « n° 22), est plutôt une cession de la créance que l'on a « sur celui qui doit payer, qu'une vente d'argent. Celui « qui fait la lettre vend, cède et transporte la créance « qu'il a sur celui qui doit payer. »

L'auteur ne se met pas en peine d'établir sa proposition, plus facile, en effet, à énoncer qu'à prouver. Non-seulement il ne la prouve pas, il la contredit lorsqu'il définit le change, et surtout quand il pose en principe que, si le tireur tombe en faillite, le tiré ne *peut plus accepter*, c'est-à-dire, ne peut pas payer au préjudice de la masse.

pecuniarius contractus dicitur (Raphaël de Turri, Proleg., n° 28). — Daniels, Grundsätze des Wechselrechts, S. 113, u. f. w.

Or, la doctrine de Dupuis de la Serra est presque littéralement transcrite dans le *Répertoire* de Merlin (v[is] *Lettre* et *Billet de change*), d'où elle s'est propagée sous le patronage de ce jurisconsulte, qui a propagé tant d'autres erreurs en jurisprudence consulaire;

Et, comme l'erreur, accréditée par la célébrité des noms, va toujours *crescendo* et arrive enfin jusqu'à l'hyperbole, on a entendu M. Duveyrier s'exprimer en ces termes dans un rapport au Corps législatif, le 11 septembre 1807 : « Tout homme qui tire une lettre de change, « et qui en reçoit la valeur, dispose du bien d'autrui, s'il « n'a pas remis ou s'il n'est pas en état de remettre *à l'in-* « *stant* la même valeur à celui sur qui il assigne le paye- « ment. » A ce compte, tous les commerçants qui opèrent sur le crédit, *disposent du bien d'autrui!* Que penserait de cela Casaregis, qui ne parle jamais du crédit sans le nommer l'*anima del commercio?*

Quoi qu'en disent Dupuis de la Serra et Merlin, sous quelque rapport qu'on envisage la lettre de change, elle n'exige, ni pour sa validité, ni dans l'exécution, l'existence et la cession d'une créance quelconque du tireur sur le tiré.

La lettre est remise au preneur par suite et pour l'exécution du contrat. Il vérifie, à bon droit, si elle contient toutes les énonciations prescrites. Au cas contraire, il en exige une autre. Mais, ne concourant point à sa confection, il n'y stipule rien. Comment donc serait-il cessionnaire?

Commercialement et intrinsèquement, qu'est la lettre de change? Un simple mandat de payer, donné par le tireur au tiré (1). M'obliger à vous payer 100 fr. chez Ja-

(1) Nudum mandatum injunctum ei cui diriguntur (*litteræ*) ut solvat (Scaccia, § 2, Gl. 5, n° 315, *in fine*).

cob, ou à vous faire payer 100 fr. par Jacob, ce n'est pas donc vous promettre que Jacob me doit les 100 fr., ni vous céder sur lui une créance de 100 fr. dont il soit mon débiteur; pas plus qu'en vous donnant sur Roboam un ordre de livraison de 100 sacs de farine, je ne vous garantis que ce même Roboam me doit les 100 sacs de farine. Voilà, cependant, toute l'obligation du tireur, *præstare habere;* elle n'exprime aucunement qu'une créance est cédée. A plus forte raison, ne la livre-t-elle pas.

Légalement, qu'est la lettre de change? Un papier défini par l'art. 110, et dont les effets sont tous réglementés *à minuto*. Or, où est, soit dans cet art. 110, soit ailleurs, la disposition qui exige une créance du tireur sur le tiré, comme essentiellement nécessaire à la validité ou à l'exécution de la lettre de change? Le Code n'établit pas en principe que la lettre de change ne peut jamais avoir pour cause que le contrat de change. Il veut seulement que ceux qu'elle engage soient obligés et contraignables de la même manière que s'ils avaient contracté un change, antérieurement à la lettre. On peut donc, par la lettre de change, opérer une cession de créance, le payement du prix d'une vente, une dation *in solutum*, etc. Mais alors, une novation s'opère (nos 248-255), et il n'y a plus de cession, plus de dation en payement, etc.; il y a lettre de change, exclusive de tout autre contrat. Je ne puis, en effet, vous devoir la même somme et à titre de change et à un autre titre, pas plus que vous ne pouvez me devoir les mêmes 1,000 fr. à titre d'achat et à titre de prêt.

267. — Qu'est-ce donc qui impliquerait, dans les dispositions du Code, une cession de créance ou la transmission de quelque autre chose?

Serait-ce l'obligation faite au tireur de garantir l'accep-

tation (art. 118). Mais l'acceptation qu'il garantit n'est ni de l'essence du contrat, ni de l'essence de la lettre; elle est seulement, et seulement à la charge du tireur, *ex naturâ contractûs*, l'usage, et la loi, qui n'est que la traduction de l'usage, l'ayant ainsi voulu (1). Sans l'acceptation, la lettre de change est parfaite, et accomplit sa fin. Que fait donc l'acceptation? Elle donne au porteur un débiteur de plus. Or, ce droit du porteur, d'où naît-il? De la cession d'une créance due ou censée due par le tiré? En aucune manière. Son droit naît uniquement du fait de l'acceptation. Que l'accepteur doive ou ne doive pas au tireur, il n'en devient pas moins l'obligé personnel du porteur (V. *infrà*, n° 284).

Serait-ce l'obligation faite au tireur de pourvoir à la provision, art. 115? Voyons donc ce que signifie cet article dans la théorie de la lettre de change?

En même temps qu'elle impose des obligations au tireur et au preneur, elle propose au tiré, qui n'y contracte pas, un mandat *de solvendo;* la formule d'un ordre de

(1) L'acceptation n'est une conséquence ni directe ni virtuelle de la lettre de change. *Payez* n'est pas le synonyme de *acceptez et payez*. Le commerce, en général, use peu de l'acceptation; rarement elle est demandée, et presque toujours elle est refusée. Un grand nombre de traites sont *non acceptables*. On ne fait guère accepter que lorsqu'il existe une convention expresse. Dans les circulaires adressées à leurs correspondants, les banquiers stipulent que les traites fournies sur eux ne seront pas acceptables, et que celles qui le seraient, seront précédées d'une couverture.

Il y a quelques années, une proposition fut faite à la Chambre des députés par le haut commerce de Paris:

« Lorsque la lettre de change est qualifiée mandat de change dans « le corps du titre, l'acceptation ne peut être exigée. Le mandat de « change ne peut être protesté faute d'acceptation. »

La proposition n'eut pas de suite. Le trésor public en eût éprouvé une perte trop considérable.

payement en est l'expression littérale (1) : *Trahere nihil aliud est quàm mandare alicui ut solvat* (De Turri, Disput. 2, q. 6, n° 26).

Or, le tiré se chargera-t-il d'exécuter cet ordre du tireur? De quelle manière, à quelles conditions? C'est une affaire à régler entre eux seuls. Le bénéficiaire ou le porteur peut bien requérir l'acceptation, si la lettre est *acceptable;* l'acceptation donnée, il acquiert un débiteur de plus, et ce débiteur s'engage *in solidum*. Mais là se limite le droit du preneur ou du porteur; il ne peut s'enquérir, ni si la provision existe, ni en quelles valeurs. Il a seulement la faculté de demander caution, quand le tiré refuse d'accepter (art. 120). Libre donc au tireur et au tiré de *pourvoir* (2) au payement suivant le mode dont ils conviennent. Nul n'est en droit de le leur prescrire.

Tantôt le tiré paye *à découvert;* tantôt il porte en compte courant le montant de la traite; souvent il se rembourse sur le produit de recouvrements qui lui sont commis; d'autres fois, il est nanti de marchandises consignées, ou bien de connaissements, etc. (V. *suprà*, n° 258).

La provision, comme on le voit, lorsqu'elle doit être faite, dépend uniquement de la volonté et des relations du tireur avec le tiré. « Comment sera-t-elle faite? c'est

(1) *Strasbourg, le 1er avril* 1835. BON POUR FR. 3,000.
Le premier juillet prochain, il vous plaira payer en votre ville (*ou au domicile de tel*) à Jacob, fils d'André, ou ordre, la somme de trois mille francs, valeur reçue en houblons, suivant avis de

DESLAURIER.

A madame veuve Leboucher et Ekclé, brasseurs,
au Lion-d'Or, *faubourg Saint-Hellier, Rennes.*

(2) Ce mot *providere* est un terme technique dans le langage des cambistes (V. Raphaël de Turri, Disput. 3, Prolegom., n° 15). Il signifie, en général, tout moyen de procurer le payement ordonné.

« une affaire qui les regarde; le vendeur n'a point à « s'en mêler, du moins en principe : **Wie der Trassant und der Trassat sich hierüber verständigen, hat der Inhaber des Wechsels wenigstens in der Regel nicht zu untersuchen.** (Daniels, *loc. cit.*, p. 55). (1).

Elle est une conséquence, non de la lettre en tant qu'elle crée ou constate une obligation du tireur envers le preneur; mais de la lettre en tant qu'elle contient un mandat qui peut devenir un contrat de mandat entre le tireur et le tiré. « Entre le tireur et le tiré, dit le même auteur, la « lettre n'a que les effets d'un mandat, que le tiré accom- « plit en acceptant et en payant à l'échéance : **Unter dem Trassanten und Trassaten hat der Wechsel nur die Wirkungen einer Vollmacht, die der Bezogene dadurch erfüllt, daß er ihn annimmt und bei Verfallzeit auszahlt.** (Daniels, p. 306, 230.)

L'art. 115 ne dit pas autre chose. C'est la traduction législatée d'une maxime bien connue en matière de mandat : *Mandans aliquid fieri, ex naturâ mandati intelligitur obligatus ad providendam pecuniam necessariam pro implemento mandati* (V. t. 2, n° 221).

En résultat, le tireur s'oblige :

Envers le preneur, à lui faire payer, ou à lui rembourser le montant de la lettre de change;

Envers le tiré, à lui en faire la provision;

Et la provision n'est que le moyen convenu entre le tireur et le tiré de pouvoir au payement.

268. — Néanmoins, en un seul cas, le porteur peut

(1) Nous citons souvent M. Daniels, dont l'autorité est grande, parce qu'il fut une des lumières de notre Cour de cassation (V. notre t. 2, p. 115), et que son ouvrage rappelle ou commente des dispositions de notre Code.

exiger la preuve de l'existence de la provision : c'est lorsqu'il n'a pas fait le *nécessaire*, c'est-à-dire quand il a négligé de remplir les diligences prescrites, ou de les remplir à temps. Alors s'élève la question de savoir s'il a ou non un recours contre le tireur. Or, déchéance du porteur (art. 168, 170), si, à l'échéance, il y avait provision chez le tiré, et la preuve qu'elle y existait incombe naturellement au tireur.

Voilà où s'applique la disposition de l'art. 116, disposition, du reste, fort incomplète (1).

Nous disons incomplète. En effet, quand la dette du tiré ne serait pas une somme égale au montant de la lettre, il y aurait provision *pro parte debiti*. En outre, la provision n'est pas nécessairement une somme due par le tiré au tireur; elle peut équivalemment consister en effets à recouvrer, en marchandises, etc..., en un simple crédit.

Or, de quelle nature est la provision faite chez le tiré? Ce n'est pas, au cas d'un protêt tardif, une question indifférente entre le porteur et le tireur.

Soit la provision en une remise d'espèces faite au tiré, ou en une créance due par lui, et qu'il tombe en faillite avant l'échéance, la provision n'est-elle pas détruite? Le porteur, malgré l'irrégularité du protêt, ne conserve-t-il pas son recours contre le tireur?

Soit la provision en marchandises consignées au tiré; dans la même hypothèse de la faillite de ce tiré, les marchandises peuvent n'y être pas englobées, et rester revendicables. Que cette provision, d'abord suffisante, se

(1) « Il y a provision, porte l'art. 116, si, à l'échéance de la lettre « de change, celui sur qui elle est fournie était redevable au tireur, « ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au « moins égale au montant de la lettre de change. »

détériore, le porteur, qui n'a pas protesté à temps, ne sera-t-il pas déchu de son recours vers le tireur *ad ratam deterioris?* Ne supportera-t-il pas aussi l'effet de la baisse survenue depuis l'échéance?

Ces hypothèses et d'autres qui peuvent se présenter ne sont pas prévues par l'art. 116, lequel ne statue que pour le cas où la provision consiste en une *somme* due par le tiré.

Quant à l'art. 117, on sait que c'est une disposition obscure, fausse, inutile, supprimée par les art. 168 et 170 du Code de commerce. Il est ainsi conçu :

« L'acceptation suppose la provision.

« Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs.

« Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est « tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur « qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance; « sinon, il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait « été fait après les délais fixés. »

Jure veteri, les endosseurs étaient tenus envers ceux au profit de qui ils avaient passé leur ordre, précisément aux mêmes garanties que le tireur. Ils n'étaient pas moins obligés que lui de prouver l'existence de la provision entre les mains du tiré, au jour de l'échéance. C'est la disposition de l'art. 16, tit. 5, de l'édit de 1673. Voulant modifier cette loi dans ce qu'elle avait d'injuste à l'égard des endosseurs, le Code a répandu de l'obscurité sur cette matière par la rédaction ambiguë de l'art. 117, disposition inintelligible pour qui ne sait pas le mot de cette énigme.

« L'acceptation suppose la provision. »

A-t-on voulu dire que l'acceptation fait preuve ou présomption de la provision? mais à l'égard de qui?

Du tireur? La proposition est fausse; car, loin que le tiré qui accepte ou paye, soit réputé avoir reçu la provi-

sion, le contraire résulte de l'art. 115, qui prescrit au tireur de la faire. A l'égard du porteur? c'est-à-dire, l'accepteur est-il recevable à décliner la garantie, en offrant de prouver qu'il n'avait pas provision? L'art. 121 dit clairement que non.

« L'acceptation en établit la preuve à l'égard des endosseurs. »

Ce paragraphe a-t-il voulu dire que, l'acceptation faisant preuve de la provision, l'accepteur ne peut se prévaloir contre les endosseurs de l'exception *non numeratæ pecuniæ?* Il est la répétition inutile et vicieuse de l'art. 121.

Signifie-t-il, et telle paraît en avoir été l'intention primitive, que le porteur qui n'a pas fait le nécessaire à temps, est sans recours contre l'endosseur, parce que l'acceptation établit l'existence de la provision? C'est un sens faux et condamné par les art. 168, 170; car, qu'il y ait ou non acceptation, qu'il y ait ou non provision, libération complète de l'endosseur, et déchéance du porteur qui n'a pas fait ses diligences à temps (168, 170).

« Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur, etc... »

Ce paragraphe, pour le moins inutile, est remplacé par l'art. 170.

Dans son t. 2, p. 334, M. Vincens explique, d'après Merlin (*Q. de droit*, v° *Protêt*, § 7), comment la théorie des art. 168, 170, exigeait la radiation des §§ 1 et 2 de l'art. 117 et un changement dans le § 3. *On convint*, dit-il, *du retranchement ; — mais* on oublia *de le faire, et les deux phrases, désormais insignifiantes, sont restées, au hasard d'induire en erreur ceux qui y cherchent une disposition applicable.*

269. — La lettre de change n'ayant pour fin que la remise d'une somme d'argent d'un lieu en un autre lieu, et

a provision, le payement de cette somme en ce dernier lieu, par quelle logique serait-il permis d'en conclure que, si cette provision existe à présent, elle devient dès à présent la propriété du preneur par le seul fait de la délivrance de la lettre, ou qu'il en deviendra propriétaire si, à l'échéance, elle est faite? Les textes précédemment examinés n'autorisent certainement point une pareille conclusion, pas plus que les énonciations légales de la lettre, et le raisonnement n'y conduit pas davantage. Mais on prétend la déduire des art. 136 et 149 qui sont du nombre de ceux que les arrêts ne manquent jamais de viser : « Attendu, « dit la Cour de cassation, que la provision d'une lettre « de change appartient au porteur de bonne foi qui a été « saisi de cette propriété par le seul fait de l'endosse- « ment » (arrêts des 3 août 1835, 2 février 1836, 19 novembre 1850).

270. — Voyons d'abord l'art. 136. Il est ainsi conçu: « La propriété d'une lettre de change se transmet par la « voie de l'endossement. »

Pour savoir en quoi cette propriété consiste, il faut se reporter au moment de la négociation primitive.

Lorsque le tireur délivre sa traite au preneur, c'est comme s'il eût créé cette traite à son ordre propre, et qu'il en eût passé l'ordre. Cette délivrance équipolle à un endossement.

Quand, à son tour, le preneur endosse la lettre à un troisième individu, celui-ci à un quatrième (et ainsi successivement), de quoi lui transmet-il la propriété? *Hæc est summa rei.*

C'est d'abord la propriété de la lettre elle-même (art. 136), c'est-à-dire, du titre unique en vertu duquel le dernier porteur pourra seul se présenter à payement, pourra

seul être valablement payé, seul donner un acquit valable, comme le porteur d'un connaissement peut seul valablement décharger celui du capitaine. L'endossement lui transmet donc toute l'utilité du titre, instrument du payement qu'il a le droit et le devoir de requérir à l'exclusion de tous autres.

Mais, outre le mandat de payer, la lettre exprime, de la part du tireur, la reconnaissance d'avoir reçu la valeur de la somme qui y est énoncée, et cette reconnaissance implique l'obligation qui, au reste, lui est imposée par la loi, de rembourser cette somme, plus le rechange et les frais, si le tiré refuse de payer. La lettre constitue donc une dette active du preneur contre le tireur, contractée par celui-ci sous la condition suspensive *si la lettre revient protestée.*

Voilà la créance dont l'endossement implique la cession, et cette créance-là a sa cause exprimée dans la lettre dont le porteur est propriétaire;

Et, comme chaque endosseur est tenu envers la personne à laquelle il a passé son ordre, aux mêmes garanties que le tireur, il s'ensuit que, subrogé aux droits et actions de son propre endosseur, le dernier porteur l'est par cela même, tant envers les endosseurs précédents, que contre le tireur, qui, en réalité, est le premier endosseur. En outre, chaque endosseur s'oblige lui-même en créant au profit de son subrogé un ordre de payement dont il garantit l'exécution. Or, toutes ces obligations sont cessibles, toutes sont cédées par l'endossement régulier et la tradition de la lettre, et toutes ont aussi leur cause exprimée dans les endossements respectifs.

Au lieu de voir dans la lettre de change et dans l'endossement les effets que la lettre et l'endossement produisent en réalité, les arrêts jugent que la simple remise de la lettre au preneur lui transmet, et que, par l'endossement, il

transmet lui-même à son substitué, celui-ci au subséquent, etc..., soit la propriété d'une chose du tireur chez le tiré, où ce tireur peut ne rien avoir, soit une créance de celui-ci sur le tiré auquel il peut devoir un million et plus, ce qui ne détruirait en rien l'essence de la lettre; tout cela, sans que cette lettre exprime en aucune manière l'existence ni le transport de la prétendue propriété ou de la prétendue créance! Il y a donc dans ces arrêts interprétation fautive et fausse application de l'art. 136. On y prend une chose pour une autre.

271. — Cela devient évident surtout, quand on voit la Cour suprême reconnaître, contre le principe posé dans l'arrêt du 22 novembre 1830, que *le tireur demeure propriétaire de la provision.... jusqu'au jour de l'échéance* (arrêts des 3 février et 7 décembre 1835). Il n'est donc pas tenu de la faire avant cette époque, et, s'il l'a faite, libre à lui d'en disposer jusqu'à ce temps.

Singulière créance cédée, qui peut, à la volonté du cédant, être ou ne pas être!

Singulière cession où le cédant fait et défait *ad libitum* le débiteur cédé!

Singulier cessionnaire qui ne saurait dire ce qu'est la créance ou la chose cédée, *quid, quale, quantumque sit*, ni même en affirmer l'existence présente ou future!

On verra dans le numéro suivant comment, sans y répondre, la Cour met ces objections à l'écart.

2° La somme d'argent, objet de la lettre de change, ne s'identifie pas avec la provision, moyen de payement.

272. — La jurisprudence affirme ou présuppose l'identité de la somme à payer et de la provision (1). C'est une

(1) « Le tireur transmet au preneur la propriété de la somme

seconde erreur, d'autant plus dangereuse qu'elle est une suite de la confusion du contrat avec la lettre de change, et vient à l'appui de la première erreur.

.... *Alterius sic*
Altera poscit opem.........

Nous disons que c'est une erreur. En effet, autre est la somme à payer, autre, la provision de cette somme. Celle-là est l'objet de l'obligation contractée par le contrat; celle-ci, la suite du mandat de payer donné directement dans la lettre par le tireur au tiré (1).

Le tireur doit au preneur ou devra au porteur, par cela seul qu'il s'est engagé à payer au preneur ou à son ordre une somme chez le tiré, dont il a reçu la valeur. Le tiré ne sera engagé envers le tireur qu'autant qu'il promette, avec ou sans provision, d'exécuter son ordre. Or, ces deux obligations sont loin d'être identiques; elles ne sont contractées ni *entre les mêmes personnes*, ni *sur le même objet*. Le montant de la traite, qui ne peut être autre chose qu'une somme d'argent, n'est pas la provision, laquelle peut consister en marchandises, en un article de compte courant, en un

« cédée, dont il est tenu de faire la provision à l'échéance; d'où il « suit que le preneur est propriétaire de la provision, et peut l'exi- « ger à ce titre, si elle existe aux mains du tiré au moment de « l'échéance. » (Arrêts des 22 novembre 1830, 15 février 1832.)

« A dater du jour de l'échéance, le porteur a droit à la somme « (qui se trouve à titre de provision entre les mains du tiré), comme « propriétaire de cette somme en vertu de la traite, puisqu'elle est « *la chose à lui cédée*, par lui payée et envoyée par son cédant pour « lui être remise. » (Arrêt des 3 février 1835.)

« La provision d'une lettre de change appartient, en droit, au « porteur de bonne foi, qui s'en trouve saisi par l'endossement. » (Arrêts du 2 février 1836, 19 novembre 1850.)

(1) Trahere nihil aliud est nisi mandare alicui ut solvat (De Turri, Disput., 2, q. 6, n° 26).

simple crédit. Donc, pas d'assimilation possible, ni quant à la chose, ni quant aux personnes, ni quant aux obligations.

Si, vous devant 1,000 fr., je charge Roboam de vous les payer le 15 de ce mois, en lui remettant soit 2,000 fr. en marchandises, soit, pour couverture, un billet à ordre de 3,000 fr. que Jacques m'a négocié, ou toute autre valeur, qui affirmerait sérieusement que ces marchandises, ce billet à ordre, ces valeurs, *qualescumque fuerint*, représentent votre créance, et que, par cette fiction, elles sont devenues, le 15 du mois, votre propriété? Si je vous dois le prix de marchandises que vous m'avez vendues, ou si vous m'êtes débiteur des marchandises dont je vous ai payé le prix, qui oserait soutenir que ce prix représente les marchandises, et *vice versâ*, et que nous sommes devenus propriétaires, vous du prix, moi des marchandises? De telles fictions sont inconnues dans le droit, et nulle nécessité ne les légitime. La dette de la marchandise et la dette du prix sont bien corrélatives; mais elles n'en sont pas moins très-distinctes, *longè diversa est una ab aliâ.*

3° L'obligation ne saurait être convertie en un mode d'acquérir.

273. — Quand les art. 711, 1138 et 1583 du Code Napoléon disent que *la propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations*, que *l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire*, que *la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix*, il est clair que les lois ne s'expriment ainsi que pour le cas où la chose est un corps certain et déterminé. Nous l'avons prouvé, *suprà*, n° 149 (affaire Peyramont), et M. Troplong en avait fait, avant nous, une démonstration à laquelle il n'y a rien à répondre. Il n'est pas permis d'ad-

mettre qu'une loi ait entendu disposer contre la nature des choses, vouloir l'impossible : *Non oportet jus civile calumniari, neque verba captari, sed quâ mente quid dicitur animadvertere convenit* (L. 19, D., *Ad exhib.*). Cependant, par un arrêt du 3 février 1835, la Cour suprême a jugé que la seule obligation de livrer une chose incertaine est un moyen d'acquérir la propriété de cette chose. C'est aller *ultrà fas*, et franchir la limite du possible.

« Attendu, dit l'arrêt, que le contrat de change a pour « effet la cession d'une somme que le tireur s'engage à « faire trouver au porteur chez le tiré. »

Or, quoi de plus indéterminé qu'une somme d'argent, *genus, quantitas!* Comment peut s'en faire la transmission ? Comment ?

« Si par la nature d'un tel contrat, continue l'arrêt, le « tireur demeure propriétaire de la provision (ou de la « somme par lui cédée et fournie pour en assurer le paye-« ment), jusqu'au jour de l'échéance, c'est que la tradi-« tion réelle ne s'opérant qu'à cette époque par le paye-« ment de la traite, il est juste et nécessaire que cette « provision soit jusque-là aux risques et périls du tireur. »

Malgré son obligation de livrer ou payer, le tireur demeure donc propriétaire de la somme-provision jusqu'à 'échéance. Pourquoi propriétaire ? Parce que la tradition de la somme ne doit s'opérer qu'à cette époque, et que, sans une numération effective, il est impossible qu'elle appartienne au porteur. Conséquemment, *vi rerum*, il faut qu'elle reste *in bonis* du tireur ou *in bonis* du tiré, aux risques de l'un ou de l'autre.

Comment, à l'échéance, deviendra-t-elle la propriété du preneur ? C'est ce que l'arrêt explique en ces termes :

« A dater du jour de l'échéance, le porteur a droit à la « somme (qui se trouve à titre de provision entre les mains

« du tiré), comme propriétaire de cette somme en vertu « de la traite, puisqu'elle est la chose à lui cédée, par lui « payée, et envoyée par son cédant pour lui être remise. »

Ainsi, à l'échéance, les rôles changent subitement. Jusque-là, le tireur a conservé la propriété parce qu'il n'y avait pas eu tradition; à l'échéance, il n'y en a pas davantage, et néanmoins le preneur se transforme tout à coup en propriétaire!

La tradition nécessaire, il n'y a qu'un instant, cesse soudainement de l'être, et, sans elle, la transmission de la propriété s'opère à la minute. D'où vient cet effet magique ?

De l'échéance? Mais l'échéance n'est que le moment où la dette devient exigible.

De la faillite? Mais la faillite saisit et laisse les choses en l'état.

Du dépôt de la somme-provision chez le tiré? Mais, ou ce dépôt est régulier, et il continue d'appartenir au déposant, ou il est irrégulier, et il est la chose du dépositaire.

Où est donc la raison suprême du changement? Le porteur, dit l'arrêt, a droit à la somme-provision, comme propriétaire de cette somme, en vertu de la traite, parce qu'elle est la chose à lui cédée, etc...

Mais, avant l'échéance, la somme-provision était tout cela, et le porteur n'en avait, ni n'en pouvait avoir la propriété. Or, depuis, nul changement, si ce n'est la faillite du tireur, laquelle *a invariablement fixé les droits de tous dans l'état où ils se trouvaient la veille du jugement déclaratif* (1), époque à laquelle, *ex concessis*, le porteur n'était pas propriétaire.

(1) V. t. 6, *de la Faillite*.

Donc, la raison donnée n'en est pas une.

Donc, le porteur ne deviendrait propriétaire d'une quantité d'argent monnayé qu'en vertu de la traite, c'est-à-dire, en vertu d'une obligation contractée envers lui, ce qui, *per rerum naturam*, est de toute impossibilité.

Donc, il n'a droit à la somme-provision qu'à titre de créancier, et il n'obtient son payement au préjudice de la masse, que parce qu'il est sous-entendu dans l'arrêt que les créanciers sont *ayants-cause* du failli, et tenus comme tels d'exécuter ses obligations.

274. — Vient enfin l'art. 149. Celui-ci, prétend-on, ne permet pas de douter que la provision n'appartienne exclusivement au porteur. A la vérité, ne le dit-il pas en toutes lettres; mais il le suppose clairement. Examinons:

L'édit de 1673, modèle de clarté et d'ordre, contenait (art. 30, tit. 5) une disposition ainsi conçue :

« Les billets de change, payables à un particulier y « nommé, ne seront réputés appartenir à autre, encore « qu'il y eût un transport signifié, s'ils ne sont payables au « porteur, ou à ordre (1). »

Entendu *prout sonat*, cet article signifie que, si vous m'avez souscrit un billet de change qui ne soit pas confectionné à ordre, et que j'aie transporté ce billet à Jacques,

(1) Une personne voulant toucher, tel jour, telle somme en tel endroit, *v. g.*, à Leipzig, demandait à un banquier une lettre de change sur cet endroit, et alors de deux choses l'une : ou la lettre était fournie sur-le-champ, ou elle devait l'être plus tard, à une époque convenue. Au premier cas, le preneur souscrivait au tireur un *billet de change* à ordre, causé pour la *lettre fournie;* au second cas, c'est le tireur qui souscrivait au preneur un billet de change à ordre, causé pour la *lettre à fournir*, et ces deux billets se négociaient par l'endossement, comme aujourd'hui un billet à ordre. Les dili-

Jacques n'en sera pas réputé propriétaire, bien qu'il vous en ait fait signifier le transport. Il ne s'agit ici ni d'inductions, ni de déductions. Le texte est positif; il s'exprime en termes formels. Je reste propriétaire du billet dont j'ai souscrit le transport, et, si vous payez à Jacques, vous n'aurez pas valablement payé. En d'autres termes, le transport est défendu, et, s'il est fait, il est nul.

Ce n'est pourtant pas là ce que le législateur avait eu la volonté de dire. Il voulait dire que, si le billet de change est fait à ordre, vous ne pouvez opposer à Jacques les exceptions que vous pourriez m'opposer à moi-même, si je ne lui eusse pas fait de transport, ou si je lui eusse fait, et qu'il vous eût signifié le transport d'un billet de change non conçu à ordre (1). Voilà dans quel sens, nonobstant la précision de ses termes, la disposition précitée fut toujours entendue (2). Pourquoi cela? C'est que l'expression de la loi rendait mal sa pensée, et que, comme le disait Merlin devant la Cour de cassation, le 3 pluviôse an x (3), *il en est de l'interprétation des lois comme de l'interprétation des contrats.* On doit donc y

gences étaient les mêmes que pour la lettre de change. Six articles de l'édit étaient consacrés à la réglementation de ces effets. Si le Code n'en fait point mention, ce n'est pas qu'il ait entendu les proscrire; c'est parce que depuis longtemps ils étaient tombés en désuétude.

Nous ne parlerons que du billet de change à ordre, parce que les billets de change au porteur n'étaient presque pas en usage (V. Rogue, t. 2, p. 406, n° 4).

(1) Avant l'édit de 1673, l'usage s'était introduit de transférer les billets de change par la voie de l'endossement, alors même que ces billets n'étaient pas confectionnés à ordre. On voulut abolir cet abus.

(2) V. le commentaire de Jousse sur l'art. 30, tit. 5, de l'ordonnance de 1673.

(3) *Q. de droit*, v[is] *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, § 10.

rechercher plûtôt son intention, *quâ mente irrogata sit*, que de s'attacher au sens littéral des termes. « La loi, « nous dit Doneau, est toute dans son intention. Elle n'est « pas ce qui est écrit, mais ce que le législateur a voulu, « ce que son jugement a conçu et approuvé, et cette vo- « lonté seule oblige le juge » : *In legibus sententia totum facit. Non enim lex est quod scriptum est, sed quod legislator voluit, et quod judicio suo probavit et recepit ; et hâc solùm de causâ leges nos tenent* (Donellus, lib. 1, cap. 13, *De verbis et scripto legis*)

275. — Une méprise, analogue à celle commise dans la rédaction de l'article cité de l'édit, s'est glissée dans la rédaction de notre art. 149. Ce qui parachève l'analogie des deux lois, c'est que l'une et l'autre ont réellement le même objet. Le législateur de 1673 voulait dire que, quand le billet de change est fait à ordre, nulle exception n'est opposable au porteur, du chef du souscripteur, ni des endosseurs ou porteurs qui se sont succédé, et c'est aussi ce que voulut exprimer le législateur de 1807, quant à la lettre de change. Mais ses expressions ont mal traduit sa pensée, comme les expressions de l'ancien législateur avaient mal traduit la sienne, et cependant, il y avait là un Savary ; tant il est vrai, comme on l'a si bien dit, que *la perfection n'est pas de ce monde.* Il faut donc faire aujourd'hui à l'égard de notre art. 149 ce qu'on fit autrefois à l'égard de l'art. 30, tit. 5, de l'édit, en rechercher les motifs pour pénétrer dans son intention ; car, encore une fois, là où est l'intention de la loi, là est la loi : *Non lex est quod scriptum est, sed quod legislator judicio suo probavit.*

276. — Ce qui constitue la plus grande utilité de la

lettre de change, c'est sa transmissibilité par le simple endossement, et, *jure veteri*, la même utilité s'attachait au billet de change, pourvu qu'il fût créé à ordre. Supposez qu'une lettre de change puisse être saisie entre le mains du porteur, et à l'instant même tous ses avantages sont perdus. Par exemple, de quel discrédit ne serait-elle pas frappée, si un endosseur qui l'a endossée irrégulièrement, ou envers qui son cessionnaire n'a pas rempli les conditions convenues entre eux, pouvait en arrêter la transmission, ou en paralyser le payement aux mains du porteur, sous le prétexte que le cessionnaire n'a pu transmettre plus de droits que n'en avait son cédant ? Par exemple encore, qu'un tireur ait fait crédit de la valeur de la lettre en passant cette valeur en compte, il ne faut pas que ce tireur puisse en empêcher la négociation, ni cesser d'être garant envers le porteur, sous le prétexte qu'on n'a pu la lui transmettre qu'avec toutes les exceptions que le tireur pourrait opposer au preneur si celui-ci ne l'eût pas endossée, *cum omni causâ;* ni que le tiré puisse, en aucune manière, exciper contre le porteur du chef de son cédant.

La lettre étant créée *à ordre*, les actions, les exceptions des signataires les uns contre les autres, ne doivent pas faire obstacle à sa négociabilité. Tout porteur est saisi de l'obligation constituée par la lettre, et des obligations de garantir contractées par les endosseurs précédents, sans qu'on puisse lui opposer la règle : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet*, ni l'art. 1690 du Code Napoléon, copie de l'art. 108 de la Coutume de Paris. Il est créancier comme si, dès l'origine, il eût contracté directement avec le débiteur qui a créé la dette. Or, avant et depuis l'édit de 1673, des difficultés s'étaient élevées sur ces points. Ces difficultés pouvaient renaître

sous le Code. On jugea avec raison qu'il serait sage d'en prévenir le retour.

D'un autre côté, il n'eût pas été possible, il aurait été injuste, d'assujettir le payeur d'une lettre de change au droit introduit pour la validité des payements par l'art. 1239 du Code Napoléon. Vu la multiplicité des endossements, et la diversité des lieux parcourus par la lettre, le tiré n'a aucun moyen de vérifier l'identité des signataires, ni la vérité des signatures, en remontant la série des ordres. Il lui suffit que cette série ne soit pas interrompue.

De ce qui précède, il résulte que le tireur est obligé envers tout porteur de l'ordre. Cela résulte aussi de l'art. 145, d'après lequel celui qui paye une lettre de change à son échéance, et sans opposition, est présumé valablement libéré.

Mais comment exprimer en ce langage précis et concis qui convient tant à la loi *dummodò sit clara,* comme dit Faber, qu'aucune action du tireur contre le preneur, ou de quelques signataires contre d'autres signataires, ni les exceptions qui pourraient y être opposables, ne suivent la lettre de change entre les mains du porteur? L'ancien législateur avait en vain essayé de le faire, relativement au billet de change, en édictant sous la formule de la *non-transmissibilité* de la propriété de ce billet, s'il n'était pas confectionné à ordre. Le nouveau législateur a-t-il mieux réussi en édictant sous la formule de l'*opposition* dans l'art. 149 ainsi conçu : « Il n'est admis d'opposition au « payement qu'en cas de perte de la lettre de change, ou « de la faillite du porteur » ?

277. — Cet article, dit-on, lève toute difficulté. Conçu en termes négatifs, il est essentiellement limitatif. On ne

peut donc l'étendre à aucun autre cas que ceux qu'il précise. Or, ces seuls cas sont la perte de la lettre et la faillite du porteur; *inclusio unius est exclusio alterius.*

Cela posé, on part comme de coutume du principe *certain* qu'un endossement régulier saisit le porteur *de la propriété de la provision*, puis l'on ajoute : « Pourquoi « l'art. 149 donne-t-il au porteur le droit de s'opposer au « payement? C'est pour empêcher que la provision sur « laquelle il a un droit exclusif ne passe en d'autres mains « que les siennes. Il en est de même des créanciers du « porteur. Si, dans le cas de la faillite de ce dernier, la « loi leur permet de s'opposer au payement, c'est parce « que la faillite de leur débiteur les a saisis de tous ses « droits, et, par conséquent, du droit exclusif qu'il avait « à la provision (1). »

278. — Pour mieux faire comprendre notre réponse à la première objection, nous devons commencer par répondre à la seconde.

Cette argumentation a pour unique fondement le prétendu principe que le contrat de change ou la lettre de change, ou l'un et l'autre, cède au preneur une créance du tireur chez le tiré, ou lui transmet la propriété de quelque autre valeur que le tiré possède ou détient pour son mandant. Mais, tant qu'on n'aura pas renversé les définitions données *suprà*, n°s 262 et 263, du contrat et de la lettre de change, il nous sera bien permis de croire que le contrat pas plus que la lettre, ni celle-ci pas plus que le contrat, n'exprime et n'implique la cession d'aucune créance, ni la transmission d'aucune propriété. Or, par

(1) V. à sa date, au *Journal du palais*, la notice de l'arrêt du 22 novembre 1830.

l'endossement, le preneur ne peut transmettre à son substitué, *et sic deinceps*, que ce qu'il a reçu lui-même, un *papier de crédit* et une action personnelle.

En veut-on faire une vente à livrer, la vente *à livrer* d'une chose fongible (et rien ne l'est plus que l'argent monnayé) n'en transmet la propriété que quand cette chose est comptée, pesée ou mesurée. Cela est de principe, même dans la vente civile (V. *suprà*, n° 149), et le principe est inébranlable, car il est fondé sur la nature des choses. Comment croire que le Code ait eu l'intention d'y déroger dans l'art. 149, quand toute son économie sur la revendication a pour premier fondement la nécessité de la tradition, alors même que la chose est un corps certain et déterminé ? Comment admettre qu'il ait eu l'intention d'altérer l'essence des contrats (ce qui n'est pas moins grave), en transformant un mandat de payer donné à un tiers par le tireur, en une cession de créance, ou en la transmission d'une propriété quelconque, au profit d'un porteur, *simplex nuntius*, qui n'y stipule pas ? Si donc l'art. 149 signifiait ce qu'on lui fait dire, il aurait mal exprimé la pensée du législateur.

279. — La première disposition de cette loi ne présente aucune difficulté. Il est très-naturel que le porteur qui a perdu la lettre ait le droit de s'opposer à ce que, en empruntant son nom, celui qui l'a trouvée ou volée puisse en recevoir le montant.

La seconde disposition n'est pas aussi facile à comprendre.

A coup sûr, elle ne signifie pas, on vient de le prouver, que les créanciers du porteur failli peuvent former opposition au payement, par la raison qu'ils sont saisis de tous les droits de ce porteur, *lequel était propriétaire exclusif*

de la provision. Le texte ne dit pas cela. Il faut bien le reconnaître. Seulement, on en induit cette conséquence comme en étant le motif, et même le motif unique.

Cependant, il existe un vrai motif de l'opposition permise aux créanciers. Il est possible (et cette fraude est des plus fréquentes en matière de faillite) que, porteur d'une lettre de change, le failli l'ait, ou négociée, ou donnée en payement, *in fraudem creditorum*, dans un temps légalement prohibé ou suspect. Possible encore que, par un fait de banqueroute frauduleuse, il ait soustrait la lettre à son portefeuille, en vue de se la faire payer, directement ou indirectement, par un tiré qui, demeurant au loin, peut ne pas le connaître, ignorer sa faillite. Si les créanciers ont quelque indice de ces fraudes, il est de toute justice que leur opposition soit admise.

Voilà le double motif de la seconde disposition de l'article 149. Ce motif ne résulte pas d'inductions, de conjectures, d'argumentations hasardées et contraires aux règles du droit. C'est un motif sérieux, fondé sur des textes de lois, art. 446, 447, 591.

280. — Les mêmes motifs existent au profit des créanciers du tireur, car ce failli a pu, lui aussi, fournir à un tiers, ou lui endosser une lettre de change dans l'un des cas prévus par les art. 446, 447, ou même se constituer, soit par la traite, soit par l'endossement de la traite, débiteur d'une somme qu'il ne devait pas, fait de banqueroute frauduleuse, (art. 561.) Dans chacune de ces circonstances, bien certainement les créanciers du tireur ont le droit de former opposition. En vain les créanciers du porteur objecteraient-ils que l'art. 149 ne fait mention que d'eux seuls. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.* Cet axiome de droit exprime quelque chose de si juste et de si ration-

nel, que, à moins d'une disposition contraire et expresse, on suppose toujours à la loi l'intention d'y être conforme. Il n'est donc pas un juge qui refusât d'admettre l'opposition fondée sur l'un des motifs que nous venons d'indiquer, et, dans toutes ces circonstances, remarquez-le bien, les créanciers du tireur agissent *à leurs propres droits.*

281. — Au reste, l'art. 149 avait moins pour objet de désigner ceux qui pourraient s'opposer au payement d'une lettre de change, que d'exclure par cette désignation tous ceux dont les oppositions au payement en troubleraient l'économie légale par une atteinte au principe fondamental que le porteur est tout aussi bien propriétaire de la remise que s'il l'eût reçue directement du tireur. On voulait donc dire que le tiré ne pourrait jamais opposer au porteur de la lettre aucune exception du chef de son cédant, et que les cédants antérieurs ne pourraient, sous aucun prétexte, pas plus que le tireur, mettre obstacle à ce que le tiré payât à ce porteur. Voilà en quoi le nouveau législateur n'a pas été plus heureux dans la rédaction de l'art. 149, que l'ancien législateur dans la rédaction de l'art. 30, tit. 5, de l'édit de 1673. Tous les deux ont dit plus qu'ils ne voulaient dire (1). L'édit n'avait pas entendu

(1) On sait en quelles circonstances, et par quel ordre, le Code de commerce fut fait, ou, pour mieux dire, improvisé. Avec Napoléon le Grand, il n'y avait pas à invoquer le précepte poétique :

Hâtez-vous lentement, quelque ordre qui vous presse.

Il fallut donc *se hâter promptement*. De là peut-être quelques dispositions obscures ou insuffisantes. Nous en avions déjà signalé quelques-unes dans le cours de cet ouvrage. Mais, pour nous en tenir à celles qui sont citées dans ce paragraphe, voyez l'art. 115 dont il a fallu déterminer le sens par une loi spéciale, celle du 19 mars 1817.

Voyez l'art. 116 d'après lequel, si l'on s'attache au sens littéral

défendre au propriétaire d'un billet de change non conçu à ordre, de céder ce billet selon le droit et les formes ordinaires, et néanmoins, le texte pris littéralement le lui défendait. De même, si j'ai passé mon ordre en blanc à Jacques, assurément l'art. 149 n'a pas voulu m'interdire le droit de révoquer ce mandat, et de former opposition à ce que le tiré paye aux mains de mon mandataire révoqué. Si ma femme ou mon pupille est porteur d'une lettre de change échue, assurément encore l'art. 149 n'a pas eu l'intention de m'ôter le droit ou de m'exempter du devoir de m'opposer à ce que le tiré paye à ma femme ou au mineur. Il est même certain que, si je suis créancier du porteur, *v. g.*, pour fermages, je puis saisir-arrêter le montant de la traite échue, aux mains de celui qui doit la payer. Cela ne trouble en rien l'économie de la loi sur la lettre de change; car, quand mon opposition est déclarée valide, et que je suis payé, je le suis comme exerçant les droits de mon débiteur (art. 1166 C. N.), et c'est virtuellement le porteur qui reçoit. Cependant, entendez judaïquement l'art. 149, et toutes ces oppositions me sont interdites. Telle n'a pu être l'intention du législateur; ce serait quelque chose d'absurde (1).

des termes, il ne peut y avoir de provision qu'en espèces, et de plus à la condition que *la somme due par le tiré soit, pour le moins, égale au montant de la lettre de change*; en sorte que, si la remise dont je suis porteur est de 3,000 fr., et que le tiré ne doive au tireur que 2,999 fr. 99 c. 1/2, je n'y ai rien à prétendre !

Voyez encore ce malheureux article 117, dont on oublia d'opérer la suppression convenue, et qui est resté là comme un rébus dont l'explication est remise au chapitre suivant.

Ajoutez à cela, comme le dit M. Vincens (t. 2, p. 215), *l'embarras où se trouvaient les délibérants* (les rédacteurs du Code) *pour régler une matière que peu d'entre eux possédaient bien*, et vous vous expliquerez sans peine le vice de rédaction de l'art. 149.

(1) Nihil est quod jus nostrum tantoperè abhorreat quàm absur-

282. — Cette intention (*quod legislator voluit*), on vient de la voir à découvert : Assurer le crédit de la lettre de change, en interdisant au tiré d'opposer au porteur aucunes exceptions qui proviendraient du chef de son cédant (1), et défendre aux cédants qui ont précédé ce cédant, comme au confectionnaire, toute action quelconque qui tendrait à empêcher un payement que chacun d'eux a garanti *in solidum* par l'ordre qu'il a donné de payer (2), tel fut le but, le but unique (3) de l'art. 149. S'y occuper

dum..... ideò ratio quæ sumitur ab evitando absurdo semper et in jure nostro fortissima omnium est (Faber, ad leg. 5, D., *De serv. exp.*).

(1) Par exemple, offrir de prouver que le porteur n'a réellement pas payé la valeur, et, par suite, prétendre compenser le montant de la lettre avec ce que le dernier endosseur doit à lui, tiré.

(2) Effectivement, quelque bien fondée que pût être l'action en soi, l'ordre de payer la rendrait non recevable, par application de la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

(3) Ce qui le prouve bien, c'est qu'il n'existe au Code aucun autre texte qui ait essayé de formuler ces prohibitions, absolument nécessaires au crédit de la lettre de change.

Pour exprimer l'intention de la loi, toute son intention, et rien que son intention, il suffirait de dire :

« Le propriétaire qui a perdu la lettre peut former opposition au « payement; nul des signataires ne le peut, ni le tiré opposer au « porteur aucune exception du chef de son cédant. »

On ne doit parler ici ni de la faillite du porteur, ni de la faillite du tireur :

Du porteur, car, ses créanciers étant saisis de l'administration de ses biens par l'art. 441, il n'en faut aucun autre pour les autoriser à faire ce qu'il ferait lui-même à bon droit, s'il n'avait pas failli;

Du tireur, parce que l'art. 1167 du Code Napoléon permet à ses créanciers d'attaquer *en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits;* que la même autorisation résulte des art. 446, 447 et 591 du Code de commerce, et que l'opposition formée *en leur propre nom* ne peut affaiblir le crédit de la lettre de change dont ils ne sont pas *signataires.*

Or, en chaque loi *ne quid nimis.* Les inutilités n'y sont pas simplement inutiles; elles y ont du danger, et l'art. 149 en offre un exemple frappant.

de la provision, c'eût été (qu'on nous passe le mot) faire un vrai *coq-à-l'âne*. On n'y devait plus songer après le § 2, tit. 8, liv. 1 du Code.

Ainsi, de tous les articles visés dans les arrêts, il n'en est aucun qui justifie la conclusion qu'ils en tirent, que la délivrance de la lettre de change au preneur lui transfère, et que chaque endossement régulier transfère à chaque cessionnaire la propriété de la provision si elle existe, ou vient à exister.

283. — Mais, dira-t-on peut-être, qu'importe l'erreur des motifs, si d'ailleurs la jurisprudence est conforme à un principe de droit ayant force de loi?

Or, quand Boos se présente à payement d'une lettre de change dont il vous a payé la valeur, n'est-il pas de fait que, par la lettre elle-même, vous avez constitué Boos mandataire *in rem suam* (V. M. Vincens, t. 2, p. 238), et tout à la fois mandataire *in rem tuam?* Mandataire *in rem suam*, car, s'il encaisse, il aura encaissé pour sa propre utilité en recevant une somme qui lui est légitimement due; mandataire *in rem tuam*, puisqu'il aura encaissé à votre décharge envers lui du recours qu'il aurait eu contre vous si, n'étant pas payé, il eût fait protester, et vous eût dénoncé le protêt à temps. Or, il est de principe que le mandat donné à quelqu'un dans son propre intérêt n'est pas révocable : *Mandatum in rem propriam revocari non potest* (Casareg., Disc. 39, n° 9). Il est même certain que la faillite postérieure du mandant n'éteint pas un tel mandat : *Mandatum* quod non est in rem propriam, *per subsequentem decoctionem revocatum censetur* (Casareg., Disc. 44, n° 9). Cela est vrai surtout du mandat impliqué dans le change : *Mandatum quod inest*

in cambio, utpotè necessarium (1), et in rem propriam creditoris, *non potest revocari* (2). La raison en est évidente : le *procurator in rem propriam* est réputé propriétaire de ce qui fait l'objet du mandat : *pro domino habetur* (3). Le porteur est donc réputé propriétaire de la provision, et la provision ne se révoque pas. Le tiré, s'il a provision, doit donc payer à Boos, nonobstant votre faillite.

Cette argumentation a un faux air de vérité, qui, au premier aspect, serait de nature à séduire. Ce n'est pourtant qu'un double paralogisme qui, sous une autre forme et en d'autres paroles, est toujours la même pétition de principe (une cession de créance ou un transport de propriété) qui sert de base à la jurisprudence.

Le porteur qui se présente à payement, qui fait protester en cas de refus, et dénonce le protêt, n'exécute aucun mandat. Il remplit les obligations qu'il a contractées par le contrat même (V. *suprà*, n° 262), et que d'ailleurs la loi lui impose (art. 161, 162, 163). Or, qu'a-t-il besoin d'un mandat pour exécuter ses propres obligations (4) ?

D'ailleurs, y eût-il mandat, ce qui n'est pas vrai, la différence est totale entre le preneur ou son substitué, et un mandataire *in rem suam*. Pour que je sois mandataire *in rem meam*, il ne suffit pas que j'aie intérêt à ce que le mandat d'un autre, que je me suis chargé de pré-

(1) *Sine quo res expediri non potest.*

(2) Disc. 32, n° 33.

(3) Disc. 44, n° 16.

(4) Pothier s'écarte de son exactitude ordinaire lorsqu'il dit que le porteur exécute *une espèce de mandat, accessoire au contrat.* Il n'y a ni mandat, ni espèce de mandat. Il y a contrat synallagmatique, *ultrò citròque obligatorius.*

senter à un tiers, soit exécuté par ce mandataire. Le mandataire *in rem suam* est celui qui gère sa propre chose en exerçant l'action d'un autre : *Is cui mandantur actiones, idem dicitur in his actionibus fieri in rem suam procurator* (Donell., *De jur. civ.*, lib. 15, cap. 44, n° 15). Par exemple, Salomon m'ayant vendu *cum scriptis* son cheval espagnol, bai-brun, dont je vous ai verbalement consenti la revente, je vous remets une lettre par laquelle, en vous chargeant d'exiger le cheval, je prie mon vendeur de vous le livrer. Dans cette espèce où je vous ai cédé le fond de mon droit sur Salomon, l'action en délivrance ne vous appartient pas. Elle est l'objet du mandat que je vous ai donné d'exercer cette action. C'est donc en mon nom seul, s'il faut agir, que vous pourrez agir; et, pourtant, aussitôt que livré, le cheval vous appartiendra incommutablement (1). En un mot, tout ce que l'action a d'utile vous regarde : *Omne commodum, lucrumque et compendium ad te pertinet* (L. 4, C., *De procurat.*). Vous êtes donc bien mon *procurator in rem tuam*. Par suite, notre contrat de vente étant parfait sous le rapport du lien de droit, le cheval venant à périr par un cas fortuit, Salomon est quitte envers moi, je le suis envers vous, et vous n'en restez pas moins mon débiteur du prix. Tels sont les conditions et les effets de la procuration donnée à quelqu'un *in rem suam*.

Mais en quoi cette procuration ressemble-t-elle au mandat que contient votre lettre de change? En la délivrant à Boos, vous ne lui avez commis ni mandé aucune action contre Jacques. Tout ce que Boos peut faire *ad*

(1) On se sert du mandat *in rem suam* quand le cessionnaire a quelque sujet de craindre que le débiteur cédé ne lui suscite un procès, en lui opposant quelque exception. C'est une convention fiduciaire, très-licite.

ibitum, pourvu toutefois que la stipulation ne le lui ait pas défendu ou prescrit, c'est de présenter la lettre-mandat à l'acceptation du tiré, libre, à son tour, d'accepter ou de refuser, sans que son refus l'expose à aucune action qui doive ou puisse être exercée contre lui, ni au nom du porteur, ni en votre nom. En outre, si les 15 tonneaux de vin, provision de la traite, ont péri, Boos n'en reste pas moins votre créancier.

Il n'est donc point de parité, il y a même disparité complète, entre le porteur d'une lettre de change et le mandataire *in rem suam*.

Que s'il était permis d'invoquer ici ce que Casaregis dit du prêt à la grosse ou change maritime, la maxime *Mandatum quod inest in cambio, etc...*, ne signifierait pas que le preneur ait été chargé d'un mandat *in rem suam*. Cela exprime que le contrat de change est un contrat synallagmatique parfait qui, n'ayant pu se former que par le concours de deux volontés, ne peut se dissoudre que par le même concours : *Nihil enim tàm naturale est, quàm quæque eodem modo dissolvi, quo colligata sunt.*

284. — Une maxime du même auteur, véritablement applicable à notre question, est celle-ci : « L'accepteur « n'est pas tenu de payer, si, lors de son acceptation ou « auparavant, le tireur avait failli. » *Acceptans non tenetur litteras persolvere si, de tempore acceptationis, aut anteà, sequuta fuerit scribentis decoctio* (Disc. 152, n° 6). Casaregis en donne la raison : c'est que le contrat de mandat ne se forme que par l'acceptation que le mandataire fait du mandat, et qu'il est essentiellement requis qu'au moment même de cette acceptation les deux parties soient capables de consentement ; sans cela, en

effet, les deux volontés ne sauraient se lier. Or, le tireur failli en est incapable, *non ha voluntà.*

La maxime signifie donc que la faillite révoque le mandat, et c'est aussi ce que porte l'art. 2003 du Code Napoléon.

A la vérité, notre art. 121 statue que : « L'accepteur « n'est pas restituable contre son acceptation, quand « même le tireur aurait failli à son insu, avant qu'il eût « accepté. » Mais cette disposition ne dit ni ne suppose que le mandat continue d'exister.

Un commerçant qui ne peut pas prouver qu'on a surpris ou extorqué son acceptation par dol ou par violence, ne doit point être admis à se restituer, et cela pour deux raisons : d'abord, parce que la faillite du mandant est un cas fortuit qu'il ne lui était pas impossible de prévoir, et qu'en acceptant sans provision, même sans couvertures, il a été moins prudent qu'il n'aurait pu et dû l'être; la confiance n'exclut pas toute prudence. Il est donc dans le cas de la règle *Quod quis suâ culpâ damnum sentit, non videtur damnum sentire.* En second lieu (raison marchande et proverbiale), s'il ne doit pas selon les règles du droit sur le mandat, *il doit à sa signature.* C'est, dans le commerce, *un article de foi,* qu'il faut se garder d'affaiblir. Mais l'art. 121 lui-même est la confirmation de la règle que la faillite du tireur révoque son mandat à l'égard de tous sans nulle exception. L'accepteur trop confiant, qui ne savait pas la faillite, y vient comme simple créancier, non qu'il soit mandataire (le contrat n'a pu se former), mais parce qu'il a commis une imprudence, et que, ayant volontairement signé, il doit *faire honneur à sa signature.*

285. — Les vrais principes sur la provision sont devenus l'art. 110 du Code hollandais.

« *Dans aucun cas* le porteur d'une lettre de change « protestée n'a droit à la provision faite par le tireur chez « celui sur qui elle est tirée (1).

« Si la lettre n'a pas été acceptée, la provision *revien-* « *dra à la masse*, en cas de faillite du tireur.

« En cas d'acceptation (2), la provision reste au tiré, « sauf l'obligation de celui-ci de satisfaire à son obliga- « tion vis-à-vis du porteur. » (Traduction de M. Victor Foucher.)

Si ces principes ne sont pas formulés dans les nombreux Codes publiés en Europe et en Amérique depuis la promulgation du nôtre, on les y observe comme conséquences du principe universellement reçu, que la propriété des corps incertains et indéterminés ne se transmet pas *nudis pactis*, par la seule pensée. Nous aurions donc en France une lettre de change en désharmonie sur un point capital avec la lettre de change des deux hémisphères. Telle n'a pu être l'intention de législateurs qui exprimaient le vœu d'une législation uniforme pour tous les commerçants du monde.

286. — En définitive, les principes du droit n'attribuent pas plus la propriété de la provision au preneur, à son cessionnaire ou à ses sous-cessionnaires, que les textes de loi d'où la jurisprudence a induit cette attribution.

287. — Par conséquent, traduire le porteur d'une re-

(1) Et pourtant, comme notre art. 115, l'art. 106 du Code hollandais impose au tireur le devoir de faire provision chez le tiré.

(2) Bien entendu avant la faillite du tireur connue du tiré. V. aussi l'ouvrage précité de M. Daniels, p. 342, 347, 350.

mise, le créancier d'une quantité d'argent monnayé, en propriétaire *hic et nunc* ou le devenant le jour de l'échéance, soit de la somme à recevoir, soit de la provision qui en assurerait le payement intégral ou partiel, ce n'est, au fond des choses, que lui conférer un privilége sous une autre dénomination. A l'état latent dans les arrêts de 1830 et de 1832, ce privilége apparaît, d'une manière sensible, dans ceux de 1835, 1836 et 1850.

Posons donc nettement la question. Ce sera d'ailleurs la débarrasser de toute cette logomachie doctrinale sommairement rappelée n° 258, *v. g.*, du privilége *moralement* justifié, ou d'un créancier *sui generis* qui, sans prétendre précisément à la propriété, a cependant voulu être *plus que créancier*, etc., etc. Le porteur a-t-il quelque droit particulier sur la provision, oui ou non?

La loi des faillites étant éminemment *une loi d'égalité*, nulle cause de préférence pour qui que ce soit, à moins qu'elle ne résulte du gage, de la rétention, ou du privilége. Le porteur peut-il se placer dans une de ces trois hypothèses ?

1° Point de gage sans contrat de gage et mise en possession du créancier. Or, rien de cela entre le tireur et le donneur de valeur.

2° Point de rétention, car, pour retenir, il faut détenir, et le porteur ne détient, par lui-même ou tout autre, ni la provision, ni la somme à remettre, ou remise.

3° Pas de privilége, car nul privilége sans un texte; le mot lui-même le dit : *priva lex*. Ce texte, où est-il? L'article 149? Il n'y est point parlé d'un privilége, seulement on veut l'en induire. Or, un privilége ne se crée pas plus par des inductions, que par un pacte ou un fait quelconque.

Donc le porteur n'est payé par préférence à la masse

que parce que la jurisprudence suppose *à priori*, ce qui, au reste, est dit en toutes lettres dans l'arrêt du 22 novembre 1830, que les créanciers d'un failli le *représentent*, sont ses *ayants-cause*, erreur capitale, démontrée dans notre tome 6, chap. 3, et sur la réfutation de laquelle nous ne reviendrons pas ici (1).

288. — Pour résumer toute cette discussion de pur droit, il suffit de remonter au point de départ, au *criterium* du vrai, les définitions données, *suprà*, n°s 262 et 263, du contrat et de la lettre de change, et de redire avec Scaccia, Phoonsen, Raphaël de Turri et Casaregis, l'homme du monde le plus versé qu'il y ait jamais eu dans le contentieux du commerce et du change:

Le seul contrat qui intervienne entre le tireur et le preneur, c'est le contrat de change. Ce contrat n'en implique aucun autre; *unum est cambium* (2).

La lettre de change n'est qu'un ordre de payer, donné par le tireur au tiré; *nudum mandatum injunctum alicui ut solvat* (3).

Ni le contrat, ni la lettre n'expriment donc, ni n'impli-

(1) A ce principe erroné, ajoutez-en deux autres qui ne le sont pas moins : 1° que la lettre de change est un contrat de cession; 2° que la convention suffit à transférer la propriété, même d'une chose incertaine (*genus*, *quantitas*), et vous avez la parfaite intelligence des arrêts de la Cour suprême.

(2) « La lettre de change est un contrat *sui generis*, existant par « lui-même, qui ne suppose aucune obligation antérieure entre le « donneur et le preneur, ou entre le tireur et le tiré » : Ein trassirter Wechsel ist nun wirklich ein besonderer, für sich selbst bestehender Vertrag, der keine frühere Verbindlichkeit unter dem Wechselgeber und Wechselnehmer, oder auch dem Trassirer und dem Bezogenen voraussetzt. (Daniels, p. 54.)

(3) « Un mandat de payement sur un tiers, eine Anweisung auf einen Dritten. (*Id.*, p. 148, 162.)

quent aucune cession de créance, aucun transport de propriété, aucun privilége.

Cela dit tout.

Cependant, qu'il nous soit permis d'ajouter subsidiairement deux passages de Pothier :

« Quand même il (*le tiré*) aurait des fonds (*une provi-* « *sion*), il ne doit pas accepter les lettres depuis que la « faillite est ouverte ; car, depuis ce temps, un créancier « du tireur (*le porteur*) ne doit pas être payé préférable- « ment aux autres (Scaccia, § 2, gl. 5, n° 300) » (*Change*, n° 96).

Donc la faillite du tireur a révoqué son mandat.

« Le tireur, par ce contrat (*le contrat de change*), s'o- « blige envers l'autre partie de lui faire donner, au temps « et au lieu convenus, non pas précisément et déter- « minément tels sacs d'argent qu'il a fait remettre pour « cet effet à celui sur qui la lettre est tirée, mais une cer- « taine somme dont il se rend débiteur, *non certorum* « *corporum, sed quantitatis.* C'est pourquoi, s'il arrivait « que celui sur qui la lettre est tirée vînt à perdre, par « une force majeure, les fonds qui lui ont été remis par le « tireur pour l'acquittement de la lettre de change, *putà*, « par un pillage de sa maison dans une sédition, le tireur « ne serait pas, pour cela, libéré de son obligation, car « le principe que la perte de la chose due, qui survient « par une force majeure, tombe sur le créancier, et libère « le débiteur, n'a d'application qu'à l'égard des obliga- « tions de corps certains et déterminés, mais il n'en peut « avoir à l'égard des obligations d'une somme d'argent, « à l'égard desquelles, au contraire, la loi 11, C., *Si cert.* « *pet.*, dit : *Incendium non exuit debitorem.* V. notre traité « des *Obligations*, n° 658 » (*Change*, n° 58).

Or, le contrat et la lettre de change sont aujourd'hui

ce qu'ils étaient au temps de Pothier, et au temps de Pothier ils n'étaient pas autres qu'au temps de Scaccia qu'il cite, et de Casaregis.

289. — Lorsqu'on songe à la certitude de ces principes élémentaires, surtout dans le droit commercial, et qu'on voit la Cour de cassation s'en écarter chaque jour en matière de provision, ne dirait-on pas que ce tribunal suprême croit faire quelque chose d'utile au commerce dont l'intérêt impose silence à toutes les règles du droit? Ce serait une autre erreur qu'il est facile de mettre en évidence.

4° La jurisprudence est contraire à l'intérêt et au bon ordre du commerce.

290. — Quand je paye à Jacques, compté comptant, le prix de 100 mètres de tel velours qu'il doit me livrer de ce jour en trois mois, s'il vient à faillir avant le mesurage, j'aurai beau dire qu'il y a dans son actif vingt fois plus de velours de la même espèce qu'il n'en faut pour exécuter son obligation envers moi ; je n'en serai pas moins créancier à dividende. Je ne serais même pas autre chose, m'eût-il vendu des corps certains et déterminés, *v. g.*, ses huit chevaux de trait et ses deux voitures de transport, bien désignés dans l'acte.

Pourquoi donc en serait-il autrement, si Pierre a payé à Jacques la valeur d'une traite fournie par celui-ci qui, avant de faillir, en avait fait la provision chez le tiré?

Serait-ce à cause de la faveur due à la lettre de change? Mais l'achat et la vente ne sont pas moins favorables, et, à tout prendre, ils le sont même plus, puisque, sans eux, il n'y aurait pas de commerce, et que, sans le commerce, la lettre de change n'existerait pas, ou serait à peu près inutile.

La condition de Pierre et la mienne sont exactement identiques. Si Jacques a fait provision chez le tiré pour payer sa lettre de change, il a aussi en magasin provision plus que suffisante pour satisfaire à mon achat. Si mes velours n'étaient pas encore exigibles, sa traite ne l'était pas davantage. S'il peut me dire *fidem habuisti de merce tradendâ*, je puis lui répondre *fidem habuisti de pecuniâ solvendâ*. Si la marchandise n'était pas *mesurée*, l'argent monnayé n'était pas *compté*, et, si je n'étais pas propriétaire de la marchandise à mesurer, il ne l'était pas de la somme à compter. Notre position étant donc égale en tous points, ayant donc tous les deux également suivi la foi du failli, et couru des chances égales, un sort égal doit nous attendre tous deux (V. t. 6, ch. 3, § 2). Porter atteinte à cette égalité, c'est violer la loi des faillites.

291. — Après tout, quelle si grande influence peut donc avoir sur la circulation de la traite la promesse du tireur ou l'obligation que l'art. 115 lui impose de faire une provision qu'il peut s'abstenir de faire, ou retirer jusqu'au dernier moment, sans que sa promesse ou la loi ait aucune autre sanction que les dommages-intérêts dans lesquels se résout toujours l'inexécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire? Et que signifient pour le failli, pour le porteur lui-même, ces dommages-intérêts ? En bonne vérité, est-ce bien là ce qui détermine le preneur? Ce qui le détermine, c'est sa confiance dans la solvabilité de celui qui fournit la lettre de change.

Quant aux cédants et aux cessionnaires que fort souvent de grandes distances séparent du tireur, la plupart d'entre eux ne le connaissent même pas, et c'est un des motifs pour lesquels le Code de 1807 les a exonérés de l'obligation dont les chargeait l'édit de 1673, de prouver la pro-

vision, quand les diligences avaient été tardives (M. Vincens, t. 2, p. 335). En général, ce que le preneur a fait à l'égard du tireur, chaque cessionnaire le fait à l'égard de son cédant. Il se détermine par la solvabilité qu'il connaît ou qu'il croit connaître à la personne avec laquelle il contracte, et non par d'impossibles calculs de probabilités sur la future existence d'une provision, toujours subordonnée au vouloir discrétionnaire d'un tireur inconnu ou connu.

En quoi donc peut-il être utile au crédit de la lettre de change d'attribuer au porteur la propriété de cette vague espérance ? Ah ! si ce sacrifice de la règle du droit lui était nécessaire ou seulement de quelque utilité, on peut en être certain, le commerce s'y serait résigné bien avant la jurisprudence. Sous la pression incessante de ses besoins mobiles, il se fait législateur par ses propres usages, *ipse sibi est lex*, et, quand on écrit des Codes, ce sont ces mêmes usages qui s'y traduisent en lois, tantôt bien, tantôt mal. Or, dans sa marche progressive à travers les siècles, le commerce a-t-il jamais senti la nécessité ou l'utilité de s'écarter des règles reçues touchant la lettre de change qu'il a lui-même inventée? On n'en découvre pas le plus léger indice dans les temps modernes, ni dans les temps antérieurs. N'est-ce pas la preuve évidente que rien ne sollicitait l'abandon de l'ancien principe suivant lequel la faillite du tireur révoque le mandat du tiré, et que, *dans tous les cas*, la provision reste dans l'actif du failli ? Ou plutôt, n'est-ce pas la preuve évidente que l'intérêt du commerce repousse toute innovation à cet égard comme pleine d'injustice et de périls ?

292. — Voyez, en effet, où conduit le nouveau système :

Un commerçant à grandes affaires, dont le luxe a commencé; et la coulisse achevé la ruine (l'un conduit souvent à l'autre), sent qu'il ne peut plus retarder sa chute ; *venit hora.* Mais, il a conçu un projet ; et, comme des moyens sûrs de le conduire à bonne fin lui sont tout préparés par la jurisprudence, voici les deux partis à l'un desquels il s'arrête :

Ou, désespérant d'obtenir un concordat, il s'entend avec des *amis* pour mettre *quelque chose de côté* (c'est le mot consacré), ou il veut du moins en favoriser d'autres avec de proches parents, et l'idée lui sourit aussi de se venger des reproches menaçants de quelques créanciers indignés de sa conduite ; ou bien, dans l'espoir d'être replacé à la tête de ses affaires, et de devenir, aux dépens de ses victimes, beaucoup plus riche qu'il ne le fut jamais, il veut se concilier la bienveillance de certains autres créanciers dont il sait que le suffrage et l'influence personnelle décideront de son sort. Le voilà donc à l'œuvre, et, mesurant la répartition de son actif sur la haine ou la faveur dont il est animé, et sur son intérêt criminel, il paye ou règle les créanciers de prédilection en lettres de change au payement desquelles il pourvoit entièrement ou partiellement, ici par des espèces, là par des marchandises ou des connaissements, ailleurs par des effets de portefeuille, etc... Quant à la provision de ses autres traites, il se garde bien de la faire, ou, s'il l'a faite, il a grand soin de la retirer avant les échéances.

A point nommé, la faillite éclate, et, grâce à la jurisprudence, les porteurs parents ou amis, et ceux qu'on redoutait le plus, ont la certitude d'être payés, les uns, intégralement, les autres, en grande partie.

Les esprits ainsi disposés, vient la demande d'un concordat. C'est alors qu'il est touchant d'entendre chaque

porteur désintéressé ou assuré de l'être, se répandre en éloges sur la loyauté, la stricte économie, l'exacte probité du failli, victime de malheurs qu'il ne méritait pas :

Expandet super his, etiàm stillabit amicis
Ex oculis rorem..................

Nous n'exagérons pas; ceci est vrai à la lettre. Nous en attestons tous ceux qui, comme nous, ont assisté à des assemblées de créanciers, dans quelque grande faillite. Bref, concordat à 10 ou 15 p. 100 (1). A certains créanciers, tout l'actif; aux autres, presque rien, ou, plus exactement, rien du tout, car la perte des intérêts absorbe, et bien au delà, les 10 ou 15 p. 100.

Ainsi, sans sortir de son cabinet, un misérable banqueroutier dont on ferait un forçat si l'on pouvait avoir des preuves (chose à peu près impossible en la matière dont il s'agit!), aura distribué entre ses créanciers, *uti voluerit*, les débris de sa fortune, gage commun de tous, aussi commodément qu'un père de famille partage son patrimoine à ses enfants. Moyen effrayant de faciliter les banqueroutes frauduleuses! Moyen non moins effrayant de dépouiller impunément en silence la masse des créanciers *au profit de porteurs inconnus de lettres de change. quelquefois aussi inconnues* (2); et, pour que rien n'y

(1) Dans l'affaire Deminnaÿ, qui a duré près de trois mois, à Rennes, et où l'on a pu faire un cours fort instructif de fraudes et de friponneries commerciales *omnis generis*, nous avons entendu un témoin auquel on reprochait une ou deux faillites, s'écrier en pleine audience : Je suis un parfait honnête homme, car mes créanciers m'ont signé un concordat à douze pour cent!

(2) C'est ce que dit avec raison un arrêt de Toulouse, du 17 avril 1821.

Il est d'observation que, dans les grandes faillites, on voit presque toujours survenir des lettres de change qui couraient le monde, et qu'on ne connaissait pas. On est si peu exigeant sur la tenue des livres!

manque, c'est un moyen de choix, d'un effet infaillible. car, à moins de convaincre le porteur de la complicité d'une fraude (et peut-être n'eut-il jamais de relations avec le failli), que peut-on lui opposer, saisi qu'il est de la traite, ni plus ni moins que si le tireur la lui eût remise en mains propres!

Ce qu'auront fait en grand le riche banquier et le gros négociant, un médiocre commerçant le fera plus facilement encore sur une moindre échelle, *en antidatant les ordres* (1).

Tel est pourtant l'inévitable résultat d'une jurisprudence fondée sur le faux principe que la propriété d'une quantité d'argent se transmet *solo consensu*, et sur un texte interprété en sens inverse de son intention, l'art. 149, auquel, pour n'avoir pas bien dit ce qu'il voulait dire, on fait dire ce qu'il ne dit pas et ne voulait pas dire.

293. — Rien donc ne justifie le nouveau système, ni la législation du Code, ni le droit de change, ni les études de la science ou les traditions de la coutume (2), ni l'intérêt du commerce.

Demandez au plus savant jurisconsulte de la Rome moderne, si le tiré qui connaît la faillite du tireur peut accepter? Non, répondra-t-il; *declara ut post habitam notitiam seu publicam vocem et famam de decoctione tra-*

(1) Très-juste observation de la Cour de Toulouse dans son arrêt susdaté.

(2) Nemo possit in aliquo loco solvere aliquam partitam, vel aliquod debitum pro compulo cujusvis post habitam notitiam et seu post publicam vocem, seu famam in eo loco, ad quem fuerit tale debitum directum, quòd ille qui misit debitum, seu cui spectat tracta esset, seu remansi-set ruptus; salvo nisi realiter et bonâ fide talis partita fuisset jam acceptata antè dictam notitiam, seu famam... (*Statut. gen.*, ch. 14; de Turri, Disp. 2, q. 22).

hentis, nemo possit illam (tractam) acceptare nec liberè nec super protestu, nisi acceptâsset priùs (Scaccia, § 2, gl. 5, nos 339, 391).

Faites-vous la même question au jurisconsulte de Gênes, même réponse : *Se al tempo dell' acettazione della tratta, Caio sà il fallimento di Tizio traente, non deve in alcun modo accettare, ne pagare la tratta di Tizio, perchè sarebbe in frode e pregiudizio de' creditori di detto Tizio* (Casareg., *Camb. instr.*, cap. 3, n° 22; V. aussi Daniels, p. 342).

A l'enseignement de la science, voulez-vous joindre la lumière de la pratique, Phoonsen, cet homme si profondément versé dans l'art du change, vous dira avec la coutume commerciale :

« Le porteur n'a aucun droit de préférence sur les « effets que le tiré peut avoir en son pouvoir pour compte « du tireur, quand même la lettre n'aurait été tirée *qu'à « bon compte de ces effets* (1), » c'est-à-dire, quand même la provision eût été stipulée et faite au moment de l'émission de la lettre.

Voilà sous quelle influence, à la faveur de quels principes, a grandi et s'est développée cette *valeur de crédit* qu'on a nommée lettre de change.

294. — L'autorité de la Cour de cassation est grande, sans doute; il n'en est pas qui l'égale. Grande est aussi l'autorité des fondateurs du droit commercial. Mais *la nature des choses et la force des conséquences* en ont une

(1) *Lois et coutumes du change*, ch. 41, art. 10, trad. de P. Ricard, Amsterdam, 1715; Pothier, n° 96; Dupuis de la Serra, ch. 9, n° 22; Frémery, p. 165; Horson, quest. 64-67; Boulay-Paty, t. 2, p. 31; Daniels, p. 347, 350.

qui s'impose, et, de là, ces nombreuses protestations qui, malgré les arrêts qui cassent, se reproduisent sans cesse (1).

La Cour de cassation de Belgique suit une jurisprudence opposée à la jurisprudence de la Cour de cassation de France. Ce sont les mêmes articles que l'une et l'autre Cour visent et interprètent. Le lecteur qui aime à comparer et à juger ne lira pas sans intérêt l'extrait suivant d'un arrêt de la Cour suprême du royaume des Belges, du 25 juin 1840.

« Attendu que l'unique question que soulèvent les cinq « moyens du pourvoi consiste à savoir si la provision « faite chez le tiré est acquise au porteur, du moment de « la délivrance d'une lettre de change de telle sorte que « la faillite du tireur, survenue avant l'acceptation et l'é« chéance de la traite, ne puisse enlever au preneur le « droit qu'il prétend avoir sur cette provision;

« Attendu que de la combinaison des art. 110, 115, « 116, 117, 120, 121, 162, 170, 171, C. comm., il « résulte que le contrat qui intervient entre le donneur de « valeur et le tireur n'est, en réalité, qu'une obligation « dans le chef de celui-ci, de faire que la somme qui est « l'objet du contrat de change, se trouve à la disposition « du preneur au lieu indiqué, mais seulement au jour de « l'échéance fixée dans la lettre de change; qu'il en ré« sulte aussi que le tiré reste entièrement étranger à cette

(1) V. Le Hir, *Annales*, 1851, 2, 180; *Journal du Palais*, 1852, 1, p. 193; Paris, 16 juin 1828, cassé, 22 novembre 1830; Montpellier, 1er juillet 1831; *id.* 16 décembre 1831, cassé, 7 décembre 1833; Caen, 27 mars 1832, cassé, 3 août 1835; Valence, 20 novembre 1844, cassé, 19 novembre 1850; Toulouse, 17 avril 1821; Aix, 12 juin 1823; Paris, 18 avril 1833; Rouen, 11 juin 1838; Paris, 15 novembre 1850; tribunal de commerce de la Seine, 20 février 1852.

« obligation, tant que ce dernier n'est pas lié envers le « preneur par son acceptation, seul moyen qu'ait le porteur de la lettre d'en assurer le payement à l'échéance : « que, par conséquent, lorsqu'il n'existe pas d'acceptation, et alors même que le tiré aurait provision soit au « moment de la création de la traite, soit postérieurement, elle n'est pas transférée au porteur, dont les « droits envers le tiré acceptant ne naissent même pas de « l'existence d'une provision entre ses mains, mais du « fait de l'acceptation, qui alors rend celui-ci débiteur « personnel de la lettre de change; d'où il faut nécessairement conclure que la lettre de change ne peut être « considérée comme la cession d'une créance représentée « par la provision, puisque le tireur conserve la propriété « de cette provision jusqu'au payement... »

« Attendu que l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé aucune « des dispositions invoquées, a fait la juste application des « principes qui, en cette matière, résultent tant du texte « que de l'esprit du Code de commerce. — Rejette, etc.»

Après une étude longue et consciencieuse, nous restons convaincus que les arrêts de la Cour suprême ne sont conformes, ni aux principes du droit, ni aux textes du Code, ni à l'intérêt public du commerce. Mais, pleins de confiance dans le savoir éminent de la Cour régulatrice, dans son sentiment du juste, dans sa sainte mission de garder et protéger la loi, nous aimons à lui reporter le beau témoignage que Raphaël de Turri rendait autrefois à la célèbre Rote de Rome (1).

(1) Amant Rotæ auditores suas decisiones iterùm sub prælo premi ideò nimirùm solùmmodò editas, ut ad certiorem veritatis et justitiæ indaginem iterùm premantur. Quâ in re tantus est justitiæ amor, tanta in patribus illis veri cura, religio, ut non modò jam ab ipsis decisa oppugnari æquis animis patiantur; sed non rarò eodem

« Elle ne craint pas d'appeler sur ses arrêts la liberté « d'examen, parce qu'elle sait que du sein de la discus- « sion jaillit la vérité. Amie constante du vrai, loin de « s'offenser de quelques critiques, loin de couvrir quel- « ques rares (1) erreurs de l'égide de la prescription, « elle se fait un devoir de reviser le point douteux, et, s'il « y a lieu, une vertu de se réformer elle-même (2). »

Notre Cour de cassation en a donné plus d'un exemple, et c'est une des gloires de son sacerdoce.

Nous hésiterions cependant à lui présenter cette humble requête, si, par un scrupule dont l'excès même (3) aurait droit à nos respects, elle avait encore quelque motif de se croire astreinte à toujours prendre la loi au pied de la lettre (4). Mais aujourd'hui, dépositaire officiel de l'esprit qui la vivifie, et son unique interprète (5), ce sénat

sæpiùs proposito dublo priores decisiones corrigere non dedignentur... Penès religiosissimos patres in melius reformandi decisa nullà reluctante temporis præscriptione (Disp. 3, quæst. 1. V. aussi notre t. 1, n° 21).

(1) Le tribunal le plus laborieux de France est, sans contredit, la Cour de cassation. Cette Cour prononce chaque année d'innombrables arrêts, parmi lesquels trois ou quatre peut-être où elle aura pu faire erreur. Le propre de ces quelques arrêts est de tomber forcément dans la controverse des jurisconsultes, parce que les arrêts des Cours souveraines ne sont jamais ou presque jamais rendus *en pur point de droit*, et que, à la Cour suprême, il ne s'en rend pas d'autres.

(2) V. aussi notre t. 1, n° 21; t. 4, n° 7.

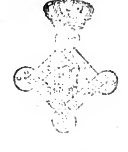
(3) V. art. 4 du Code Napoléon. La loi y reconnaît elle-même qu'elle peut quelquefois être obscure ou insuffisante.

(4) Quand le tireur pour compte se pourvoyait en cassation contre un arrêt qui le déclarait obligé envers l'accepteur en vertu de l'art. 115, la Cour répondait qu'*il n'appartenait pas aux tribunaux de juger la loi; qu'ils devaient l'appliquer telle qu'elle était, sans qu'il leur fût jamais permis de l'étendre ou de la restreindre par aucune considération, quelque puissante qu'elle pût être* (V. Sirey, 17, 2, 379).

(5) Loi du 1er avril 1837.

judiciaire déclinerait un devoir (et il en est incapable), en se déniant le droit de dire, lorsque le cas l'exige : *Non lex est quod scriptum est, sed quod legislator voluit, et quod judicio suo probavit et recepit.* Sans cela, il eût beaucoup mieux valu laisser au commerce ses usages non écrits, que de les travestir en lois dont quelques-unes, inintelligibles à la raison, réagissent sur les autres et les obscurcissent. Pouvant donc désormais, en toute sûreté de conscience, rechercher dans les textes que le porteur invoque, quelle intention les a dictés, *plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes,* la Cour, modifiant sa jurisprudence (qu'elle nous permette cet espoir), les appliquera dans un sens plus compatible avec la volonté du législateur qui, à coup sûr, n'a pu vouloir, ni disposer contre la nature des choses, ni ouvrir une porte à la banqueroute frauduleuse, fléau plus funeste au commerce que la piraterie et l'embargo.

FIN DU CINQUIÈME VOLUME.





TABLE

DES CHAPITRES ET DES PARAGRAPHES

DU Vᵉ VOLUME.

Pages.

CHAPITRE I.

CHAPITRE II.

Du payement du prix.

Paris. — Typ. de Cosson et Comp., rue du Four-St-Germain, 43.

Paris.—Typ. Cosson et Comp., rue du Four-Saint-Germain, 43.

